# جواهر الكلام

## في شرح شرائع الإسلام

تأليف

الشيخ محمد حسن النجفي

(المتوفى سنة ١٢٦٦هـ)

٢٥

بسم الله الرحمن الرحیم

# جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام

کاتب:

محمد حسن بن باقر نجفی ( صاحب جواهر )

نشرت فی الطباعة:

دار احیاء التراث العربی

رقمی الناشر:

مرکز القائمیة باصفهان للتحریات الکمبیوتریة

# الفهرس

## جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام المجلد۲۵

### اشاره

شماره بازیابی : ۶-۲۱۸۴۲

سرشناسه : صاحب جواهر، محمدحسن بن باقر ۱۲۰۰؟ - ۱۲۶۶ق.

عنوان و نام پدیدآور : جواهرالکلام[چاپ سنگی]/محمدحسن نجفی [صاحب جواهر]؛نویسنده متن:علامه حلی؛کاتب:ابوالقاسم خوانساری؛مصحح:موسی طهرانی

وضعیت نشر : [بی جا: بی نا]:، ۱۲۷۴ق.

مشخصات ظاهری : [۵۱۸ص.]،ج ۱؛قطع:۲۳×۳۷س م

یادداشت : زبان:عربی

آغاز، انجام، انجامه : آغاز:بسمله... الحمدلله الذی ختم الشرایع باسمهما طریقه و اوضحها حقیقه و اظهرها برهانا ... و بعد فیقول العبد القاصر العاثر محمد حسن بن المرحوم باقر احسن الله الیهما ...

انجام:... الاصحاب الثانی و الله اعلم الحمدلله اولا و آخرا و ظاهرا و باطنا علی ما انعم و وفق لاتمام مباحث الطهاره.

انجامه:المکرم من سنه۱۲۷۴ق.و انا الفقیر الی الله الغنی ابن اسدالله ابوالقاسم خوانساری.

یادداشت استنساخ : تاریخ کتابت:۱۲۷۴ق.

مشخصات ظاهری اثر : نوع و درجه خط:نسخ

نوع و تز ئینات جلد:جلد مقوایی،روکش تیماج قهوه ای،عطف و لچکی ها گالینگور مشکی الحاقی.

خصوصیات نسخه موجود : حواشی اوراق:تصحیحاتی اندک با نشان«صح» و توضیحاتی اندک با نشان«منه»

یادداشت تملک و سجع مهر : یادداشت های تملک:یادداشتی با خط تحریری و با مرکب مشکی "بسم الله الرحمن الرحیم و قد انتقل ذلک الکتاب مع مجلداته الاخر التی کانت عباره عن ست المجلدات مطبوعه بطبع حاجی موسی ره الی ملکی و هو مالک الملک و الرقاب من البایع المحترم الحاج شمس صاحب المکتبه فی شارع ناصر خسرو و قرینا من شمس العماره من العاصمه تهران صانها ... من الحدثان علی المبلغ الف و خمس مائه تومانا المقابل ۱۵۰۰ریالا- و وقع هذا الانتقال فی یوم الخامس المطابق با یوم الثانی من شهر جمادیا لاولی من سنه اربع مائه بعد الالف من الهجره النبویه المصادف ۲۹/۱۲/۱۳۵۸ و انا الاحقر حسین الصالحی ... النجفی و التهرانی المسکن" ( ظهریه صفحه اول)

توضیحات نسخه : نسخه بررسی شد.

نمایه ها، چکیده ها و منابع اثر : منابع دیده شده: ریحانه الادب (۳: ۳۵۸) ، ملی (۲: ۲۷۷) ، ذریعه (۵۹: ۲۴)

معرفی چاپ سنگی : جواهر الکلام کتابی مشروح و استدلالی در فقه شیعه قرن سیزدهم هجری و به زبان عربی است این کتاب شرح مبسوط کتاب شرایع الاسلام (علامه حلی) است و جامعترین کتاب در موضوع فقه و استنباط و احکام است و همه ابواب فقه را در بر میگیرد.نسخه حاضر مشتمل بر کتاب الطهاه است،و عناوین مطالب در حاشیه آمده است.

عنوانهای گونه گون دیگر : جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام.

موضوع : محقق حلی،جعفر بن حسن۶۰۲-۶۷۶ق.-شرایع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام--نقد وتفسیر

فقه جعفری -- قرن ۷ق.

شناسه افزوده : محقق حلی،جعفر بن حسن،۶۰۲-۶۷۶ق.شرایع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام.شرح

خوانساری،ابوالقاسم،قرن ۱۳ق.کاتب

طهرانی،موسی،قرن ۱۳ق.مصحح

حسینی،فروشنده

ج۲۵، ص: ۱

## [تتمه القسم الثانی فی العقود]

## [تتمه کتاب التجاره]

## [تتمه الفصل العاشر فی السلف ]

### اشاره

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمنِ الرَّحِیمِ

## [المقصد الخامس فی القرض ]

### اشاره

المقصد الخامس فی القرض بکسر القاف و فتحها و هو معروف أثبته الشارع متاعا للمحتاجین مع رد عوضه فی غیر المجلس غالبا و إن کان من النقدین رخصه، و قد تظافرت النصوص، بل تواترت بتأکیده فی المؤمن، حتی

قال رسول الله صلی الله علیه و آله (۱)«من أقرض مؤمنا قرضا ینظر به میسوره کان ماله فی زکاه و کان هو فی صلاه من الملائکه حتی یؤدیه» (۲)

و «من أقرض أخاه المسلم کان له بکل درهم أقرضه وزن جبل أحد من جبال رضوی و طور سیناء حسنات و إن رفق به فی طلبه تعدی علی الصراط کالبرق الخاطف اللامع بغیر حساب و لا عذاب، و من شکا إلیه أخوه المسلم فلم یقرضه حرم الله عز و جل علیه الجنه یوم یجزی المحسنین»

و

الصادق علیه السلام(۳)«لأن أقرض قرضا أحب إلی من أن أتصدق بمثله، و من أقرض قرضا و ضرب له أجلا و لم یؤت به عند ذلک الأجل کان له من

الثواب فی کل یوم یتأخر عن ذلک الأجل بمثل صدقه دینار واحد فی کل یوم»(۴)

و «القرض الواحد بثمانیه عشر و إن مات حسبتها من الزکاه»(۵)

و «ما من مسلم أقرض مسلما قرضا حسنا یرید به وجه الله إلا حسب له أجره کأجر الصدقه حتی یرجع إلیه.»

و کیف کان فتمام النظر فیه یستدعی النظر فی أمور ثلاثه

## [الأول فی حقیقته ]

الأول فی حقیقته و هو عقد بلا خلاف أجده فیه، نعم فی المسالک لا شبهه فی اشتراط الإیجاب و القبول

---

۱- ۱ الوسائل الباب ۶- من أبواب الدین و القرض الحدیث- ۳.

۲- ۲ الوسائل الباب ۶- من أبواب الدین و القرض الحدیث- ۵.

۳- ۳ الوسائل الباب ۶- من أبواب الدین و القرض الحدیث- ۱.

۴- ۴ الوسائل الباب ۶- من أبواب الدین و القرض الحدیث- ۴.

۵- ۵ الوسائل الباب ۶- من أبواب الدین و القرض الحدیث- ۲.

فيه بالنسبه إلى تحقق الملک إن قلنا أنه يملک بهما و بالقبض، فلو قلنا بتوقف الملک على التصرف و كان قبله بمنزله الإباحه فينبغى أن لا يتوقف على العقد.

قلت: الظاهر من القائل بذلک كون التصرف كاشفا عن الملک، فلا بد من حصول السبب له قبله و إن كان مشروطا تأثيره على جهه الكشف و ليس إلا العقد و القبض، كما أن الظاهر كونه من تمام السبب عنده بناء على عدم الكشف، فالملک حينئذ حاصل منه و من العقد و القبض فهو حينئذ غير الإباحه، بل من الواضح تغايرهما فى عرف المتشرعه موضوعا و أحكاما.

و كيف كان فالظاهر دخول المعاطاه فيه بناء على دخولها فى غيره، بل هو أولى من البيع و غيره بذلک، و السيره فيه أتم. و الفرق بينها و بين العقد بناء على عدم جواز رجوع المقرض بالعين بعد القبض و اضح، إذ من المعلوم عدم ذلک فى المعاطاه و إن قلنا بحصول الملک معا، إلا أنه متزلزل كما فى البيع فلكل منهما الرجوع حينئذ إذا كان القرض بها، و أما إذا قلنا بعدم الملک بالقبض بل لا بد من التصرف، فلعل الفرق بين العقد و المعاطاه حينئذ التزام كون التصرف فى الأول كاشفا أو متمما، بخلافه فى المعاطاه التى يمكن كونه فيها حينئذ كالإباحه بالعوض.

نعم قد يشكل الفرق بين معاطاته و عقده بناء على جواز فسخه الموجب لرجوع العين، و على أن المعاطاه تفيد الملک المتزلزل، و لعله لا بأس بالتزام عدم الفرق بينهما حينئذ، فإنه لا دليل يقتضى لزوم الفرق بين المعاطاه و العقد هذا كله بناء على أن المعاطاه تقتضى الملک المتزلزل، و إلا فالفرق بينهما حينئذ واضح، بناء على حصول الملک بالقبض، بل و على القول بالتصرف، لما عرفت من الفرق بين التصرف المسبوق بالعقد و القبض، و بين التصرف المسبوق بالمعاطاه، و لو سلم تساويهما كما فى بعض الاحتمالات أمكن الالتزام بما عرفت من عدم الفرق بينهما حينئذ، لعدم ما يقتضى وجوبه، و الأمر سهل خصوصا بعد ما ستسمع من ضعف القول بكون القرض من العقود الجائزه الموجب فسخها لرد العين، و القول بتوقف الملک فيه على التصرف، و الله أعلم.

و حیث قد عرفت أنه عقد فهو یشتمل علی إیجاب کقوله أقرضتک أو ما یؤدی معناه وضعا و أما مثل تصرف فیه أو انتفع به، و علیک رد عوضه و نحوهما مما یفید معناه بالقرینه فالبحث فیه کما فی غیره من العقود اللازمه، بناء علی کونه منها علی الأصح، لکن فی المسالک تبعا للدروس أن من المؤدی معناه: خذ هذا أو اصرفه أو تملکه أو ملکتک أو استلفتک و نحوه، و علیک رد عوضه أو مثله أو نحو ذلک، و الحاصل أن صیغته لا تنحصر فی لفظ کالعقود الجائزه، بل کل لفظ دل علیه کفی، إلا أن لفظ أقرضتک صریح فی معناه، فلا یحتاج إلی ضمیمه: و علیک رد عوضه و نحوه و غیره یحتاج.

و فیه أولا- أنک ستعرف کونه من العقود اللازمه عنده، حتی أنه أول قولهم بالجواز إلی ما ستسمع، و ثانیا أنه قد یمنع دلاله ذلک علی القرض بعد فرض مشروعیه الإباحه بالعوض أو الهبه به، فالواجب حینئذ و الأحوط الاقتصار علی المتیقن فی لفظه.

ثم إنه بناء علی ما ذکره لو ترک الضمیمه المزبوره فلم یقصد إلا مع معنی المنضم إلیه، فإن کان بلفظ التملیک أفاد الهبه، لأنه صریح فیها، و إن کان بلفظ السلم و نحوه کان فاسدا لا یترتب علیه حکم عقد، لأنه حقیقه فی السلم و لم یجمع شرائطه، و إن کان بغیره من تلک الألفاظ الداله علی الإباحه فهو هبه مع قصد الموجب لها لا بدونه کما سیأتی إنشاء الله.

فلو اختلفا فی القصد فالقول قوله لأنه أبصر به، أما لو اختلفا فی قصد الهبه مع تلفظه بالتملیک فقد قطع فی التذکره بتقدیم قول صاحب المال، لأنه أعرف بلفظه و لأصاله عصمه المال و عدم التبرع به، و وجوب الرد علی الآخذ لعموم

«علی الید»(۱)

و فیه أن ظاهر اللفظ الدال علی القصد یقطع ذلک کله کما فی سائر العقود، إذ الأصل إراده الحقیقه، و المجاز لا یصار إلیه إلا بقرینه، فلا یسمع دعواه مع عدمها فی مقابله الغیر کما هو واضح.

و یشتمل أیضا علی القبول و البحث فیه کالإیجاب لکن قال المصنف إنه هو

---

۱- ۱ سنن البیهقی ج ۶ ص ۹۰ کنز العمال ج ۵ ص ۲۵۷.

اللفظ الـدال على الرضـا بالإيجـاب و لا ينحصـر فى عباره بل فى الـدروس و الأقرب الاكتفاء بالقبض، لأن مرجعه إلى الإذن فى التصـرف، بـل حكاه فى المسالك عن قطع جماعه لكن قال: إنه كـذالك بالنسـبه إلى إباحه التصـرف و فى الاكتفاء به فى تمام الملك نظر.

قلت: إنما الكلام فى تتمه العقـد به، و أنه يكون كالقبول القولى، و لا ريب فى أن الأحوط عـدم الاكتفاء بـذلك، بل هو الأقوى بنـاء على كون القرض من العقود اللازمه، بـل عليه لا ينبغى الاكتفـاء بكل لفظ و لو مجازا بعيـدا، و لتحقيق ذلك مقام آخر، و كان تسامحهم فى عقد القرض بناء على أنه من العقود الجائزه إلا أنك ستعرف ما فيه كما أنك عرفت عدم البأس

بذلك كله فى معاطاه القرض فتأمل جيدا و الله أعلم.

و كيف كان ف فى القرض أجر عظيم ينشأ من معونه المحتاج تطوعا و كشف كربه المسلم حتى

روى (۱)«أن درهم الصدقه بعشر، و القرض بثمانيه عشر»

، و

قول النبى صلى الله عليه و آله و سلم (۲)«ألف درهم أقرضها مرتين أحب الى من أن أتصدق بها مره»

، لا دلاله فيه على رجحـان الصـدقه عليه، حـتى يحتـاج إلى الجمع بحمـل مـا دل على رجحـان الصـدقه على الصـدقه الخاصـه كالصـدقه على الأرحام و العلماء و نحوهم، و ما دل على رجحان القرض على غيرها من الصدقه العامه، بل المراد بذلك الإشاره إلى ما استفيد من غيره من النصوص من كون وجه رجحان القرض على الصدقه، أن القرض يعود فيقرض، بخلاف الصدقه كما هو واضح، إذ من المعلوم الترجيح بين طبيعتيهما، و إلا فكل منهما قد يقترن بما يتضاعف ثوابه إلى ما لا يحصيه إلا الله، و دعوى أن القرض على كل حال لا يزيد على الثمانيه عشر واضحه البطلان.

و الحاصل أن المراد من الخبر المزبور بيان كون قرض الشى ء أفضل من الصدقه به، ك

ما رواه القماط(۳)و غيره «قال: سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول لأن أقرض قرضا أحب إلى من أن أتصدق بمثله»

، و لعله إلى ذلك أشار الشيخ و غيره ب

ما رووه مرسلا

---

۱- ۱ المستدرک ج ۲ ص ۴۹۰.

۲- ۲ الوسائل الباب ۸ من أبواب الدين و القرض الحديث- ۵.

٣- ٣ الوسائل الباب- ۶- من أبواب الدين و القرض الحديث- ١.

«القرض أفضل من الصدقه بمثله فی الثواب،

و إلا فلم نجد هذا اللفظ فی شـی ء من نصوصـنا، لکن ظاهر الشهیدین و جودها بهذا اللفظ، و لذا احتملا فیها احتمالین: أحدهما ما یراد من الخبر المزبور فلا یکون فیه دلاله علی مقـدار الثواب، و ثانیهما تعلیق بمثله بأفضل لا بالصـدقه فیکون المعنی ان القدر المقترض أفضل من المتصـدق به، بمقـدار مثله فی الثواب، و الصدقه لما کان المعروف من ثوابها و المشترک بین جمیع أفرادها عشـره، فـدرهم القرض حینئـذ بعشـرین، إلا أنه لما کان یعود بخلاف درهم الصـدقه حصل له ثمانیه عشـر، إذ الصدقه إنما صار درهمهـا بعشـره باعتبـار عـدم عوده، فالـذی اسـتفاده حقیقه تسـعه، فهی مع مثلها ثمانیه عشـر، تحصل لـدرهم القرض الـذی عاد لصـاحبه، و هـذا و إن کـان ألطف من الأول و أوفق بمناسـبه خبر الثمانیه عشـر، و مشـتمل علی سـر لطیف، و بلاغه فی الکلام، مناسـبه للمعروف من کلامهم علیهم السـلام، إلا أن الـذی ذکرناه أولا أظهر خصوصا مع معلومیه عـدم کون عادتهم مراعاه نحو ذلک فی کلامهم

الصادر لبیان الأحکام التی یتساوی فیها الخاص و العام.

و أمـا قـوله فی الثـواب، فهـو علی الـوجهین متعلق بأفضـل، لبیـان الواقع کقوله یَقْتُلُونَ النَّبِیِّینَ بِغَیْرِ حَقٍ ، و یَطِیرُ بِجَناحَیْهِ ، أو لغیر ذلـک کمـا أنه قـد یحتمـل تعلقه بغیر أفضـل علی الأـول، و الأمر فی ذلک کله سـهل، ثم إن الظاهر من قول المصـنف «تطوعا» الإشـاره إلی اعتبـار النیه فی حصول الثواب کغیره من الأعمـال و هو کـذلک إذ احتمـال حصوله مطلقا ضـعیف و علی کل حال فشـرط القرض الاقتصـار علی ذکر رد العوض ف قـط علی معنی أنه لو شـرط النفع حرم الشـرط بلاـ خلاف فیه، بل الإجماع منا بقسمیه علیه، بل ربما قیل: إنه إجماع المسلمین، لأنه ربا

قـال علی بـن جعفر فی المروی عن قرب الإسـناد(۱)«سـألت أخی موسـی علیه السـلام عن رجـل اعطی رجلا مائه درهم علی أن یعطیه خمسه دراهم أو أقل أو أکثر فقال: هذا الربا المحض»

و

قال خالد بن الحجاج (۲): «سألته عن رجل کانت لی علیه مائه درهم عددا

---

۱- ۱ الوسائل الباب- ۱۹- من أبواب الدین و القرض الحدیث- ۱۸.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۱۲- من أبواب الصرف الحدیث- ۱.

فقضاها مائه وزنا قال: لا بأس ما لم يشترط قال: و قال: جاء الربا من قبل الشروط، إنما يفسده الشروط»

و منه يعلم أن المراد بالبأس فى مفهوم غيره المنع، ک

موثق إسحاق بن عمار(۱)«قلت لأبى إبراهيم عليه السلام الرجل يكون له عند الرجل المال قرضا، فيطول مكثه عند الرجل لا يدخل على صاحبه منه منفعه، فينيله الرجل كراهه أن يأخذ ماله، حيث لا يصيب منه منفعه، يحل ذلک له؟ قال: لا بأس إذا لم يكونا شرطاه»

و

حسن الحلبى (۲)«سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يستقرض الدراهم البيض عددا ثم يعطى سودا و زنا، و قد عرف أنها أثقل مما أخذ، و تطيب نفسه أن يجعل له فضلها، فقال: لا بأس إذا لم يكن فيه شرط، و لو وهبها كملا كان أصلح»

و

صحيحه الآخر(۳)عنه أيضا «إذا أقرضت الدراهم ثم جاءک بخير منها فلا بأس إذا لم يكن بينكما شرط»

بل منه يعلم فساد القرض بهذا الشرط لا الشرط خاصه، فيكون الشرط فى صحه القرص عدم هذا الشرط كما هو ظاهر

صحيح محمد بن قيس (۴)عن أبى جعفر عليه السلام «من أقرض رجلا و رقا فلا يشترط إلا مثلها فإن جوزى بأجود منها فليقبل، و لا يأخذ أحد منكم

ركوب دابه أو عاريه متاع يشترطه من أجل قرض ورقه»

ضروره ظهور النهى فيه فى الشرطيه كما فى نظائره، مضافا إلى

النبوى (۵)«كل قرض يجر منفعه فهو حرام»

المراد منه بقرينه غيره صوره الشرط المنجبر بكلام الأصحاب، بل قيل: إنه إجماع بل فى المختلف الإجماع على أنه إذا أقرضه و شرط عليه أن يرد خيرا مما اقترض كان حراما، و بطل القرض، فحرمه القرض منه حينئذ ظاهره فى فساده و انه لم يفد الملک فيحرم على المستقرض التصرف فيه و هو مضمون عليه لكونه مقبوضا على ذلک و لأن ما يضمن

---

۱- ۱ الوسائل الباب ۱۹ من أبواب الدين و القرض الحديث ۱۳.

۲- ۲ الوسائل الباب ۱۲ من أبواب الصرف الحديث ۱.

۳- ۳ الوسائل الباب- ۲۰- من أبواب الدين و القرض الحديث- ۱.

۴- ۴ الوسائل الباب ۱۹- من أبواب الدين و القرض الحديث ۱۱.

۵- ۵ المستدرك ج ۲ ص ۴۹۲ جامع الصغير ج ۲ ص ۹۴ طبع احمد حنفى لكن فيهما« فهو ربا».

بصحيحه يضمن بفاسده» فما عن أبى حمزه من أنه أمانه ضعيف، و أضعف منه توقف المحدث البحرانى فى ذلك مدعيا أنه ليس فى شى ء من نصوصنا ما يدل على فساد العقد بذلك، بل أقصاها النهى عن اشتراط الزياده، و الخبر النبوى (۱)ليس من طرقنا. نعم يبنى فساد العقد على المسأله السابقه و هى اقتضاء فساد الشرط فساد العقد، و قد عرفت الخلاف، و إن كان ظاهرهم هنا عدم كون البطلان هنا مبنيا على ذلك، و لذا ادعى شيخنا فى المسالك الإجماع عليه و مما قدمنا يظهر لك

ما فيه، كما أنه يظهر الوجه فيما دل من النصوص على أن خير القرض ما جر نفعا ك

خبر محمد بن مسلم (۲)و غيره «قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يستقرض من الرجل قرضا و يعطيه الرهن إما خادما و إما آنيه و إما ثيابا فيحتاج إلى شى ء من منفعه فيستأذنه فيه فيأذن له فقال: إذا طابت نفسه فلا بأس، فقلت:

إن من عندنا يرون: كل قرض يجر منفعه فهو فاسد، قال: أ و ليس خير القرض ما- جر منفعه؟»

و

مرسل مسلم (۳)عن أبى جعفر عليه السلام «خير القرض ما جر منفعه»

و

خبر على بن محمد(۴)«قال: كتبت إليه القرض يجر المنفعه، هل يجوز أم لا- فكتب عليه السلام يجوز ذلك عن تراض منهما إنشاء الله»

إذ من الواضح إراده صوره عدم الشرط التى صرح المصنف و غيره بها بقوله نعم لو تبرع المقترض بزياده فى العين أو الصفه جاز بل لا أجد فيها خلافا بيننا للنصوص المتقدمه، مضافا إلى

خبر إسحاق بن عمار(۵)عن أبى الحسن عليه السلام «سألته عن الرجل يكون له مع الرجل

مال قرضا فيعطيه الشى ء من ربحه مخافه أن يقطع ذلك عنه فيأخذ ماله من غير أن يكون شرط عليه؟ قال: لا بأس»

و

خبر الربيع (۶)«قال: سئل أبو عبد الله عليه السلام عن رجل أقرض رجلا- دراهم فرد عليه أجود منها بطيب نفسه، و قد علم المستقرض و القارض أنه إنما أقرضه ليعطيه أجود منها، قال: لا بأس إذا طابت نفس المستقرض»

و

قول النبى صلى الله عليه و آله (۷)لما اقترض بكر أفرد بازلا رباعيا «إن خير الناس أحسنهم قضاء»

و

صحيح عبد الرحمن بن الحجاج (٨)«سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يستقرض

---

١- ١ المستدرك ج ٢ ص ۴۹٢ عن الدعائم، جامع الصغير ج ٢ ص ٩۴ طبع احمد حنفى.

٢- ٢ الوسائل الباب- ١٩- من أبواب الدين و القرض الحديث ۴.

٣- ٣ الوسائل الباب- ١٩- من أبواب الدين و القرض الحديث ۶.

۴- ۴ الوسائل الباب- ١٩- من أبواب الدين و القرض الحديث ١۶.

۵- ۵ الوسائل الباب- ١٩- من أبواب الدين و القرض الحديث ٣.

۶- ۶ الوسائل الباب- ١٢- من أبواب الصرف ح- ۴.

٧- ٧ سنن البيهقى ج ۵ ص ٣۵١ و ج ۶ ص ٢١.

٨- ٨ الوسائل الباب- ١٢- من أبواب الصرف ح- ٧.

من الرجل الدراهم فيرد عليه المثقال أو يستقرض المثقال فيرد عليه الدراهم. فقال:

إذا لم يكن شرط فلا بأس، و ذلک هو الفضل كان أبی عليه السلام يستقرض الدراهم المفسوله فيدخل عليه الدراهم الجلال فيقول يا بنی ردها علی الذی استقرضتها منه فأقول: إن

دراهمه كانت مفسوله و هذه خير منها فيقول يا بنی هذا هو الفضل فأعطه إياها»

و كأنه عليه السلام أشار إلی قوله تعالی (۱)«وَ لا تَنْسَوُا الْفَضْلَ بَيْنَكُمْ» فتكون هی حينئذ دليلا آخر علی المطلوب، بل و

موثق أبی بصير(۲)عن أبی جعفر عليه السلام «قلت له: الرجل يأتيه النبط بأحمالهم فيبيعها بالأجر فيقولون له: أقرضنا دنانير فانا نجد من يبيع لنا غيرک، و لكنا نخصک بأحمالنا من أجل أنک تقرضنا قال لا بأس به إنما يأخذ دنانير مثل دنانيره، و ليس بثوب إن لبس كسر ثمنه، و لا دابه إن ركبها كسرها و انما هو معروف يصنعه إليهم»

و

مرسل جميل (۳)«قلت لأبی عبد الله عليه السلام: أصلحک الله إنا نخالط نفرا من أهل السواد فنقرضهم القرض و يصرفون إلينا غلاتهم فنبيعها لهم بأجر، و لنا فی ذلک منفعه قال لا بأس، و لا أعلم إلا قال: و لولا ما يصرفون إلينا من غلاتهم لم نقرضهم، فقال: لا بأس»

و إن كان قد يقال: إن مثله جائز حتی مع الشرط، كما أومأ إليه التعليل المزبور، لعدم كونه منفعه محضه، بل هو فی مقابله عمل كشرط البيع بالقيمه فی القرض و مثله يقوی جوازه للأصل و إطلاق بعض النصوص مع الشک فی شمول أدله المنع له.

و علی كل حال فالنفع و ان كان محضا جائز أخذه مع عدم الشرط. نعم قد يقال:

بأولويه تركه للمقروض إذا كان من نيته ذلک، ل

موثق إسحاق بن عمار(۴)«سألت العبد الصالح عن الرجل يرهن الثوب أو العبد أو الحلی أو المتاع من متاع البيت قال:

فيقول: صاحب الرهن للمرتهن: أنت فی حل من لبس هذا الثوب، فالبس الثوب، و انتفع بالمتاع، و استخدم الخادم، قال: هو له حلال إذا أحله، و ما أحب له أن يفعل»

و صحيح يعقوب بن شعيب (۵)عن أبی عبد الله عليه السلام «سألته عن الرجل يسلم فی بيع أو عشرين دينارا و يقرض صاحب السلم عشره دنانير أو عشرين دينارا، قال: لا يصلح

---

۱- ۱ سوره البقره الآيه ۲۳۷.

٢- ٢ الوسائل الباب- ١٩ من أبواب الدين الحديث- ١٠.

٣- ٣ الوسائل الباب- ١٩ من أبواب الدين الحديث- ١٢.

٤- ۴ الوسائل الباب- ١٩ من أبواب الدين الحديث- ١۵.

۵- ۵ الوسائل الباب- ١٩ من أبواب الدين الحديث- ٩.

إذا کـان قرضـا یجر شـیئا فلاـ یصـلح، و سـألته عن الرجل یأتی حریفه و خلیطه فیسـتقرضه الـدنانیر فیقرضه، و لو لا أن یخالطه و یحارفه و یصیب علیه لم یقرضه، فقال: ان کان معروفا بینهما فلا بأس، و ان کان انما یقرضه من أجل أنه یصیب علیه فلا یصلح»

بنـاء علی إراده الکراهه منه لعـدم الشـرط کمـا أنه یمکن خروج صـدر الخبر عما نحن فیه، بناء علی عـدم قـدح مثله و لو بصوره الشرط، لرجوعه

الی القرض بشرط السلم، و هو مع عدم المحاباه فیه، یمکن منع حرمته.

بل الظاهر عدم الکراهه فیما نحن فیه، إذا لم یکن للقرض مدخلیه فی النفع بل کان من مقارناته کما یشیر الیه

خبر هذیل (۱)«قلت: لأـبی عبـد الله علیه السـلام انی دفعت الی أخی جعفر مالا فهو یعطینی ما أنفقه و أحـج به و أتصـدق، و قد سألت من عندنا فذکروا أن ذلک فاسد، و أنا أحب أن انتهی الی قولک، فقال: أ کان یصلک قبل أن تدفع الیه مالک، قلت: نعم قال: خذ ما یعطیک فکل منه و اشرب و حج و تصدق فإذا قدمت العراق فقل جعفر بن محمد أفتانی بهذا»

بل قد یقال: بعدم الکراهه أصلا، إذا لم یکن من نیتهما ذلک، بل إذا لم یکن من نیه المقرض خاصه.

و من هنا خصها فی الدروس بما إذا کان ذلک من نیتهما، و لم یذکراه لفظا، فحینئذ لا تنافی بین هذه النصوص، و بین النصوص السابقه الداله علی أن خیر القرض ما جر نفعا، الظاهره فی عدم الکراهه بعد حملها علی ما إذا لم یکن من نیتهما کما أنه لا تنافی بین ما دل علی رجحان دفع الزیاده تحصـیلا لحسن القضاء، و بین ما دل علی کراهه قبول المقرض لها، إذا کان من نیته ذلک، و أنه انما أقرضه له، و نفی البأس فی خبر أبی الربیع (۲)غیر مناف لها بعد اراده الجواز منه.

بل قد یقال باستحباب احتساب الهدیه من الدین، و ان لم یکن من نیه المقرض، ل

خبر غیاث بن إبراهیم (۳)«عن أبی عبد الله علیه السلام أن رجلا أتی علیا علیه السلام

---

۱- ۱ الوسائل الباب- ۱۹ من أبواب الدین الحدیث- ۲.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۱۲- من أبواب الصرف الحدیث- ۴.

۳- ۳ الوسائل الباب- ۱۹ من أبواب الدین الحدیث- ۱.

فقال له: ان لی علی رجل دینا فاهدی الی هدیه، قال: احسبه من دینک علیه»

هـذا! و الـذی دعانـا الی ذلـک کله ظهور بعض النصوص بعـدم الکراهه فیه، کالأخبار الـداله علی أن خیر القرض ما جر نفعا، و غیرها، و ظهور آخر فی تحققها فیه، و من هنا احتملنا التنزیل المزبور، و قـد یحتمل تفاوتها شده و ضـعفا، و علی کل حال فالأمر فی ذلک کله سـهل بعد معلومیه التسامح فی السـنن، و بعد ما عرفت من أن الممنوع اشتراط المنفعه صـریحا، أو إضـمارا قد بنی العقد علیه، من غیر فرق بین کون المنفعه عینا أو وصفا.

و منه یعلم الحکم فیما لو شرط الدراهم الصحاح کالطازجیه عوض المکسره کالغله لکن قیل: و القائل الشیخ و أبو الصلاح و ابنا البراج و حمزه یجوز فیه

لصحیح یعقوب بن شعیب (۱)سألت أبا عبد الله علیه السلام عن الرجل یقرض الرجل الدراهم الغله و یأخذ منه الدراهم الطازجیه طیبه بها نفسه، قال لا بأس و ذکر ذلک عن علی علیه السلام»

الـذی لا ظهور فیه بصوره الشـرط، بل قیل: انه ظاهر فی عـدمها و لو سـلم فبینه و بین غیره مما أطلق فیه المنع تعارض العموم من وجه، و من الواضح رجحانه علیه من وجوه.

کـل ذلـک مضافا الی خصوص بعض النصوص السابقه کصـحیح محمـد بن قیس (۲)و غیره فلاـ ریب حینئـذ فی أن الـوجه بل الأصح المنع فیه، و فی المحکی عن أبی الصـلاح خاصه من جواز قرض المصوغ من الذهب مع الإعطاء عینا، و من الفضه دره و النقـد المخصوص من خالص الذهب و الفضه بشـرط إعطاء العتیق من نقد غیره، إذا کان مراده الجواز مع فرض کون المشـروط نفعا للمقرض، إذ لا دلیل علیه معتد به، فضلا عن أن یصلح معارضا.

و خبر عبد الملک بن عقبه(۳)عن عبد صالح «قلت له: الرجل یأتینی یستقرض

---

۱- ۱ الوسائل الباب- ۱۲- من أبواب الصرف الحدیث ۵.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۱۹- من أبواب الدین الحدیث- ۱۱.

۳- ۳ الوسائل الباب- ۱۲- من أبواب الصرف الحدیث ۹.

منی الدراهم فأوطن نفسی علی أن أؤخره بها شهر الذی یتجاوز به عنی، فإنه یأخذ منی فضه تبر علی أن یعطینی مضروبه و زنا بوزن سواء، هل یستقیم هذا إلا أنی لا أسمی له تأخیرا إنما أشهد لها علیه فرضی قال: لا أحبه»

لا دلاله فیه علی ذلک بل لعله لم یشترط علیه المضروبه.

و کیف کان فالتحقیق ما عرفت، و منه یعلم غرابه ما عن الأردبیلی من المیل الی عدم البأس فی اشتراط الزیاده الحکمیه مطلقا حاکیا له عن الجماعه المزبوره، للأصل و إطلاق الأدله، خصوصا نصوص (۱)خیر القرض ما جر نفعا، بعد عدم الإجماع و عدم ظهور تناول دلیل الربا له، بل دلاله أکثر أخبار المنع انما هی بمفهوم البأس الذی هو أعم من الحرمه.

و فیه ما عرفت من ظهور الأدله منطوقا ک صحیح محمد بن قیس (۲)و غیره، و مفهوما و لو بقرینه غیره فی المنع من اشتراط النفع عینا أو منفعه أو صفه کما هو واضح. نعم قد یستثنی من ذلک اشتراط التسلیم فی بلد آخر، و ان کان فیه نفع ل

خبر الکنانی (۳)عن الصادق علیه السلام «فی الرجل یبعث بمال إلی أرض فقال للذی یرید أن یبعث له: أقرضنیه و أنا أوفیک إذا قدمت الأرض؟ قال: لا بأس بهذا».

و أوضح منه

خبر یعقوب بن شعیب (۴)«قلت: لأبی عبد الله علیه السلام یسلف الرجل الرجل الورق علی أن ینقده إیاه بأرض أخری، و یشترط علیه ذلک؟ قال: لا بأس»

و إسماعیل بن جابر(۵)«قلت: لأبی جعفر أدفع الی الرجل الدراهم فاشترط علیه ان یدفعها بأرض أخری سودا بوزنها و اشترط ذلک علیه قال لا بأس»

إلی غیر ذلک من النصوص.

و لذلک صرح به فی القواعد و غیرها بعد التصریح بانصراف الإطلاق إلی بلد القرض، بل قال فیها: سواء کان فی حمله مؤنه أولا، لکن فی جامع المقاصد احتمال الفساد مع کون المصلحه للمقرض، لجر النفع ناسبا له إلی تصریح الشهید به فی بعض فوائده، ثم رده بأن الممنوع منه الزیاده فی مال القرض عینا أو صفه، و لیس هذا و أحدا منهما،

---

۱- ۱ الوسائل الباب ۱۹ من أبواب الدین الحدیث ۵.

۲- ۲ الوسائل الباب ۱۹ من أبواب الدین الحدیث ۶.

۳- ۳ الوسائل الباب- ۱۴- من أبواب الصرف الحدیث- ۲.

۴- ۴ الوسائل الباب- ۱۴- من أبواب الصرف الحدیث- ۱.

۵- ۵ الوسائل الباب- ۱۴- من أبواب الصرف الحدیث- ۵.

و مثله الحلی فی السرائر.

قلت: یمکن أن یکون مبنی الجواز النصوص المزبوره التی إن لم یسلم ظهورها فی خصوص الفرض، فلا ریب فی شمولها له، فالتعارض حینئذ بینهما و إن کان من وجه إلا أنه لا إشکال فی رجحانها علیه، من حیث الدلاله و غیرها، خصوصا بعد اعتضادها بفتوی من تعرض له من الأصحاب، نعم قال فی القواعد: «لو طالبه المقرض من غیر شرط فی غیر البلد أو فیه مع شرط غیره، و جب الدفع مع مصلحه المقترض، و لو دفع فی غیر بلد الإطلاق أو الشرط وجب القبول مع مصلحه المقرض».

و فیه- بعد إراده الضرر من عدم المصلحه الذی لا یوجب علی المقترض الدفع، و لا علی المقرض القبول- أنه مناف لعموم ما دل علی أن

المؤمنین عند شروطهم (۱)

و مع فرض عدم لزوم هذا الشرط و أنه کالوعد بناء علی أنه شرط فی عقد القرض الذی هو عندهم من العقود الجائزه لا ینبغی مراعاه المصلحه أیضا، و من هنا قال فی الدروس:

و لو دفع إلیه فی غیر مکانه مع الإطلاق أو فی غیر المکان المشترط لم یجب القبول و إن کان الصلاح للقابض، و لو طالبه فی غیرهما لم یجب الدفع و إن کان الصلاح للدافع.

نعم لو تراضیا جاز، و لتمام تحقیق ذلک مقام آخر، و قد سبق منا بعض الکلام فیه، و تسمع فی اشتراط الأجل بعضه أیضا، و علی کل حال فلیس من جر النفع اشتراط المقرض رهنا علی ما أقرضه، أو کفیلا أو إشهادا و نحو ذلک مما لا یندرج فی إطلاق المنع السابق، فیبقی ما دل علی الجواز من عموم أدله الشرط و غیره بلا معارض، بل فی القواعد و جامع المقاصد: أن الأقرب جواز اشتراط ذلک علی دین آخر، محتجا علیه فی الأخیر بأن ذلک لیس زیاده فی مال القرض، و إنما هو شرط خارج عنه، و إن کان زیاده بحسب الواقع، فإن المنهی عنه هو الزیاده فی مال القرض.

و إن کان قد یناقش فیه بأن المستفاد من النصوص السابقه فضلا عن

الخبر العامی الذی تلقاه الأصحاب هنا بالقبول (۲)«و هو کل قرض جر نفعا فهو حرام»

المنع عن کل

---

۱- ۱ الوسائل الباب ۲۰ من أبواب المهور الحدیث- ۴.

۲- ۲ المستدرک ج ۲ ص ۴۹۲ سنن البیهقی ج ۵ ص ۳۵۳.

نفع للمقرض، كركوب دابه أو عـاريه متـاع أو انتفاع برهن أو نحو ذلك، ك صـحيح محمـد بن قيس (۱)و غيره، و إن لـم يكن بزياده فى نفس المال المقترض، و من هنا استجود المنع فى الدروس.

و منه يظهر وجه المنع فى القرض بشرط البيع مثلاـ محاباه، لوضوح جر النفع، خلافا لهما فلم يفرقا بينه و بين البيع بثمن المثل، و هو كما ترى، ضروره عـدم صدق جر النفع فى الثانى دون الأول، و إن اتفق احتياجه إليه كوضوح الفرق بين القرض و بين البيع محاباه بشرط القرض، إذ لا يصدق على القرض أنه اشترط فيه ما يجر منفعه، و إن كانت المنفعه هى السبب فى وقوعه، إلا أنه لا يخلو من كراهه، ل صحيح يعقوب بن شعيب (۲)المتقدم آنفا فى قرض صاحب السلم، مع أنه لا دلاله فيه على اشتراط ذلك فى عقد السلم و لا على التحابى فيه فلاحظ و تأمل.

و لو كان الشـرط نفعا للمسـتقرض دون المقرض كما إذا اشترط إعطاء الغله عوض الضحاح، أو اشترط عليه أن يقرضه شيئا آخر و نحو ذلـك جـاز بلا خلاف و لا إشـكال، نعم احتمل فى الـدروس المنع فى الثانى مع فرض النفع له، كما إذا كان الزمان زمان نهب أو غرق، و فيه أن مثله غير قادح لا أقل من الشك فى اندراج مثله تحت أدله المنع و الله أعلم، هذا.

و ليعلم أنه إن كانت الزياده التى ردها المقترض من غير شـرط حكميه كالجيد بدل الردى و الكبير بدل الصـغير كما صنعه النبى صلى الله

عليه و آله ملكه المقرض ملكـا مسـتقرا بقبضه، و كـان بأجمعه استيفاء، و إن كانت عينيه كما لو دفع اثنى عشـر، من عليه عشـره، ففى كون المجموع وفـاء كـالحكمى بنـاء على أنه معـاوضه عمـا فى الـذمه، غايته كونه متفاضـلا و هو جائز بالشـرط و هو عـدم الشرط، أو يكون الزائد بمنزله الهبه- فيلزم حكمها من جواز الرجوع فيه، على بعض الوجوه الآتيه، التفاتا إلى أن الثابت فى الذمه إنما هو مقدار الحق، فالزائد تبرع خالص، و إحسان محض، و عطيه منفرده- احتمالان، قد

---

۱- ۱ الوسائل الباب- ۱۹- من أبواب الدين الحديث- ۱۱.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۱۹- من أبواب الدين الحديث- ۹.

اعترف فی المسالک بأنه لم یقف فیه علی شی ء، لکن قال: لعل الثانی أوجه خصوصا مع حصول الشک فی انتقال الملک، قلت: لکن یشکل مع عدم تعیین الوفاء منها، کما أنه یشکل جعله من المعاوضه عما فی الذمه، بناء علی عموم الربا، فلا ریب فی أن الأحوط فی الربوی تعیین الوفاء، ثم هبه الزائد و الأمر سهل.

إنما الکلام فی وجوب القبول علی المقترض، صرح فی التذکره بذلک مع کون الزیاده حکمیه، و تبعه الأردبیلی فیما حکی عنه، لأصاله براءه ذمه المقترض، و لانه یندرج تحت مثل المال و إن تضمن زیاده و لظهور النصوص فی کون ذلک وفاء و إن کان هو أحسن أفراده.

و قد یناقش بأنه لیس فی النصوص إلا عدم البأس بالأخذ، و هو أعم من الوجوب الذی هو حکم شرعی یحتاج إلی دلیل واضح، علی أنه قد عرفت کراهه أخذ المقرض الزیاده و إن کانت وصفیه، فکیف یجامع الوجوب.

و منه یعلم وضوح عدم وجوب القبول فی الزیاده العینیه التی لا تخلو من المنه التی من المعلوم عدم وجوب قبولها، بل ربما تتحقق فی الزیاده الوصفیه، لکن الإنصاف عدم خلو القول بالوجوب فی الزیاده الوصفیه التی لا تخرج المدفوع عن الجنس من قوه، نحو ما سمعته فی السلم، و لظهور النصوص (۱)فی أن ذلک أحسن أنواع الوفاء، إما العینیه فالمتجه عدم وجوب قبولها و الله أعلم.

## [الثانی ما یصح إقراضه و هو کل ما یضبط وصفه ]

الثانی مما یقع النظر فیه ما یصح إقراضه و هو عند المصنف کل ما- یضبط وصفه الذی تختلف القیمه باختلافه و قدره إن کان من شأنه التقدیر، و لو لتوقف الضبط علیه، و لا ریب فی طرده، بمعنی صحه قرض مضبوط الوصف و القدر بل لا خلاف فیه لإطلاق الأدله، إنما الکلام فی عکسه و هو أن کلما لا یضبط وصفه و لا قدره لا یجوز قرضه، إذ یمکن منعه للإطلاق المزبور خصوصا علی المختار من أن الثابت فی قرض القیمی قیمته التی لا مدخلیه فی ثبوتها فی الذمه، لضبط الوصف الذی یراد منه دفع المثل وفاء.

---

۱- ۱ الوسائل الباب- ۱۲- من أبواب الصرف.

كما أنه قد يمنع وجوب اعتبار ضبط الوصف سابقا على القرض فى صحته، على وجه لا يجدى

اعتباره بعد القرض و القبض، لعدم الدليل الصالح لتقييد الإطلاق المعتضد بإطلاق جمله من الأصحاب الذين لم يذكروا هذا الشرط كبنى زهره و حمزه و إدريس و غيرهم، و التعليل بأن ذلك مقدمه للوفاء لا يقضى بالاشتراط المزبور، بل قد يقال:

بعدم فساد القرض بالإخلال به أصلا، إذ أقصاه ثبوت مثله أو قيمته فى الذمه، فإن علما ببينه و نحوها وجب تأديتهما، و إلا رجع إلى الصلح.

و كذلك الكلام فى القدر، خصوصا مع إراده المعتاد منه، كما صرح به بعضهم و يقتضيه ظاهر الإطلاق، فلا يجدى المكيال المجهول و الصنجه المجهوله، و خصوصا مع إراده اعتبار ذلك حتى فيما يكفى فى بيعه المشاهده، كالتبن و الحطب و نحوهما، لتوقف إثبات عوضه فى الذمه على الاعتبار المزبور، فهو كالسلم فيه.

و لذا قال فى المسالك: الضابط فى قرض المثلى اعتبار ما يعتبر فى السلم من الكيل و الوزن و العدد، إلى أن قال: و حينئذ فلو أقرض المقدر غير معتبر لم يفد الملك، و لم يجز التصرف فيه، و إن اعتبره بعد ذلك، و لو تصرف فيه قبل الاعتبار ضمنه، و تخلص منه بالصلح كما هو وارد فى كل ما يجهل قدره و قال فى التذكره «تاره يجب فى المال أن يكون معلوم القدر ليتمكن من قضائه، و أخرى قد بينا أنه لا- يجوز إقراض المجهول، لتعذر الرد، فلو أقرضه دراهم أو دنانير غير معلومه الوزن أو قبه من طعام غير معلومه الكيل و لا الوزن، أو قدرها بمكيال معين أو صنجه معينه غير معروفين عند الناس لم يصح، و قال فى التحرير «لا- يجوز اقتراض المكيل و الموزون جزافا، و كذا لو قدره بمكيال بعينه أو صنجه معينه غير معروفين عند العامه، و لو كانت الدراهم مما يتعامل بها عددا اشترط تعيين العدد، و يرد عددا و إن استقرض وزنا رد وزنا، و كذا كل معدود يجب معرفه عدده وقت الإقراض» و قال فى الإرشاد «و كل مضبوط بما يرفع الجهاله من الأوصاف يصح إقراضه، فإن كان مثليا ثبت فى الذمه مثله، و إلا القيمه وقت التسليم» و فى الدروس «إنما يصح القرض مع الملك أو إجازه المالك، و علم العين بالمشاهده فيما يكفى فيه، و بالاعتبار كيلا و وزنا أو عددا فيما شأنه ذلك، و يجوز إقراض الخبز

وزنا و عـددا، إلا أن يعلم التفاوت، فيعتبر الوزن، و يجوز إقراض المثلى إجماعا، و كذا القيمى الذى يمكن السـلف فيه. و فيما لا يضبطه الوصف كالجوهر و اللحم و الجلد قولان، مع اتفاقهم على جواز إقراض الخبز عملا بالعرف العام، و لا يجوز السلم فيه، و المنع للمبسوط، و الجواز للسـرائر» قلت: الموجود فى السـرائر قـال الشـيخ فى مبسوطه «لاـ يجوز إقراض مـا لاـ يضـبط بالصـفه، و الصحيح أن ذلك يجوز، لأنه لا خلاف بين أصحابنا فى جواز إقراض الخبز، و إن كان لا يضبط بالصفه، لأنهم أجمعوا أن السلم لا يجوز فى الخبز، لأن السلف لا يجوز فيما لا يمكن ضبطه بالصفه، و الخبز لا يضبط بالصفه.

و قـال شـيخنا فى مبسوطه «يجوز اسـتقراض الخبز إنشـاء وزنا و إنشاء عـددا، لأن أحـدا من المسـلمين لم ينكره، و من أنكره من الفقهـاء خـالف الإجمـاع، و ظـاهره خروج ذلـك عمـا ذكره من الضابـط، كمـا أن ظـاهر السـرائر جواز قرض كـل ما لا يضـبطه الوصف، لا خصوص الخبز.

و على كل حال فالشـرط المزبور على الوجه المذكور إن كان مسـتنده إجماعا مؤيدا بالتعليل السابق الذى مرجعه إلى أن الشارع لم يشرع معامله موقوفه على التراضى مؤديه إلى التنازع، ضروره أن الأصل فى مشروعيه العقود قطع النزاع، و إلا كان محلا للنظر و التأمل، سيما بعد أن كان القرض قسما من الضمانات، و إن توقف على التراضى، و هى لا فرق فيها بين المجهول و المعلوم.

و من هنـا صـح قرض القيمى بقيمته و إن لم تعرف القيمه حـال القرض على الأـقوى بـل فى المسالـك نسـبته إلى إطلاـق كلام الأصـحاب قال: «و هل يعتبر فى صـحه القرض العلم بقيمته عنـده لينضـبط حاله العقـد، فإن ذلك بمنزله تقدير ما يقدر بالكيل و الوزن أم يكفى فى جواز إقراضه مشاهـدته على حـد مـا يعتبر فى جواز بيعه، و يبقى اعتبـار القيمه بعـد ذلـك امرا وراء الصـحه، يجب على المقترض مراعـاته لبراءه ذمته، حتى لو اختلفـا فى القيمه فـالقول قوله- وجهـان، و إطلاـق كلام الأصـحاب يـدل على الثانى، و للاول وجه و ربما كان به قائل.

اللهم إلا أن يقال: إن القرض و ان كان له شبه فى الضمانات إلا أنه من المعاوضات

أيضا، إذ هو كما عرفت دفع الشی ء بقصد ثبوت عوضه فی الذمه، فوجب الضبط لمعرفه العوض، فبناء علی ضمانه بالمثل مطلقا حتی أن ما لا مثل له لا یصح قرضه- وجب ضبط أوصاف المال المقرض حتی یکون الثابت فی الذمه عوضه، و یتمکن المقترض من وفائه و بناء علی ضمان القیمی منه بالقیمه مطلقا، أو فی خصوص ما لا یضبطه الوصف منه کالجواهر، وجب ضبط أوصافه لمعرفه القیمه الثابته فی الذمه- عوضا عنه، و الله أعلم.

و کیف کان فیجوز اقتراض الذهب و الفضه و غیرهما مما یضبطه الوزن وزنا بعد ضبط الصفات و الحنطه و الشعیر و نحوهما مما یضبطه الکیل نظرا إلی المتعارف کیلا و وزنا و أما الخبز فیجوز وزنا بلا خلاف بل الإجماع بقسمیه علیه لکن بعد ضبط الوصف و کذا یجوز عددا عندنا نظرا إلی المتعارف بل الظاهر إمکان تحصیل الإجماع علیه فضلا عن المحکی.

مضافا إلی

خبر الصباح بن سیابه(۱)«قال: قلت لأبی عبد الله علیه السلام: إن عبد الله بن أبی یعفور أمرنی أن أسألک قال: إنا نستقرض الخبز من الجیران فنرد أصغر منه أو أکبر منه؟ فقال علیه

السلام: نحن نستقرض الجوز الستین و السبعین عددا فیه الصغیر و الکبیر لا بأس»

و

خبر إسحاق بن عمار(۲)«قلت لأبی عبد الله علیه السلام:

استقرض الرغیف من الجیران و نأخذ الکبیر و نعطی صغیرا أو نأخذ صغیرا و نعطی کبیرا؟ قال: لا بأس»

و

خبر غیاث (۳)«عن جعفر عن أبیه علیهما السلام لا بأس باستقراض الخبز»

بل الخبران الأولان صریحان فی الجواز مع التفاوت، فوجب حمل التفاوت فی عباره الدروس السابقه علی غیر الیسیر الذی یتسامح فیه، کما أنه یجب حمل ذلک علی التفاوت من حیث الصغر و الکبر، أما الأوصاف فیجب المحافظه علیها ما لم یعلم التسامح فیها.

---

۱- ۱ الوسائل الباب- ۲۱- من أبواب الدین- ۱.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۲۱- من أبواب الدین- ۲.

۳- ۳ الوسائل الباب- ۲۱- من أبواب الدین- ۳.

و على كل حال فما عن أبى حنيفه من عدم جواز قرض الخبز، و اضح الضعف كضعف ما عن أبى يوسف من وجوب الرد و زنا لا عددا و أحد قولى الشافعى من وجوب رد القيمه إلا إذا شرط المثل فى وجه.

و على كـل حال ف كل مثلى و هو عنـد المصـنف و جماعه ما تتساوى أجزاؤه فى القيمه و المنفعه و تتقارب صـفاته، بمعنى أن قيمه نصـفه تسـاوى قيمه النصف الآـخر و يقوم مقامهـا فى المنفعه و تقاربها فى الوصف، و هكـذا كل جزء بالنسـبه إلى نظيره لا مطلقـا يجوز قرضه بلاـ خلاف بل النصوص و الإجماع بقسـميه عليه و على أنه يثبت فى الـذمه مثله و ذلك كالحنطه و الشـعير و الذهب و الفضه و نحوها.

نعم هو كـذلك مع وجوده، و مع التعذر ينتقل إلى القيمه، و فى اعتبار يوم القرض أو التعذر، أو المطالبه، أو الدفع، أوجه، أقواها الأـخيران اللـذان اختار ثانيهما فى المختلف بعـد أن حكى أولهما عن السـرائر إذ سـبق علم الله تعالى بتعـذر المثل وقت الأداء لا يـوجب الانتقـال إلى القيمـه، إذ لاـ منافـاه بيـن ضـمان المثـل وقت القرض، طردا للقاعـده الإجمـاعيه، و الانتقـال إلى القيمه عند المطالبه، أو الدفع، كما أن التعذر بمجرده لا يوجب الانتقال إلى القيمه، لعدم وجوب الدفع حينئذ، فتشـخص ضمان المثلى الذى هـو حكـم وضـعى لاـ ينـافيه التعـذر إلى أن يجـب دفعـه بالمطـالبه، فحيث لم يوجـد الآـن ينتقـل إلى قيمته، و منه يعلم قـوه أول الأخيرين.

لكن قـد يقـال: إن المطـالبه لاـ تشـخص القيمه فى ذلـك الوقت على كـل حال، بل أقصاها وجوب دفع القيمه، و إن اتفق كونها وقتها مقدارا مخصوصا ثم تغير إلى زياده أو نقصان، فالبدل عن المثل حينئذ لا يتشخص إلا بالدفع، إذ هو كالمعامله عليه بها.

و من هنـا يمكن دعوى عـدم وجوب قبولهـا مع عـدم الطلب، لأـن المضـمون إنما هو المثل كما يومى إليه ما تقـدم فى السـلف، فينتظر حينئـذ حتى يحصل، و منه ينقـدح احتمال عـدم وجوب الـدفع مع المطالبه أيضا، لأنه غير الحق و ظهور ضـعفه يوجب قوه احتمال وجوب القبول مع الدفع، لانقلاب الدين إلى القيمه بالتعذر، سيما مع

شده حاجه الناس إلى براءه الذمه.

لكن قد يدعى ظهور كلمات الأصحاب فى وجوب الدفع مع المطالبه، و عدم وجوب القبول مع عدمها و إن دفع، و هو لا يخلو من وجه، بل قوه و إن لم يكن ذلك محرزا فى كلامهم، كما أنه لم يحرز فيه جواز قرض المثلى مشترطا عوضه القيمه، كما سمعته عن الشافعى فى الخبز، و كذا قرض القيمى مشترطا مثله الصورى بناء على ضمانه بالقيمه مع الإطلاق، و على العكس العكس، و لعل إطلاق أدله القرض و عموم (۱)

«المؤمنون عند شروطهم»

يقضى بجوازه ما لم يندرج تحت جر النفع، كما إذا اشترط الزياده فى قيمته.

و على كل حال ف ما ليس كذلك بل كانت أجزاؤه مختلفه فى القيمه و المنفعه، يجوز قرضه عندنا، إذا كان مما يضبطه الوصف، بل لا خلاف أجده فيه لإطلاق الأدله، و لخصوص فعل النبى صلى الله عليه و آله (۲)المتمم بعدم القول بالفصل، و المشهور نقلا و تحصيلا أنه يثبت فى

الذمه قيمته وقت التسليم الذى هو أول أوقات ملك المقترض، و هو المراد من تعبير بعضهم وقت القرض، لغلبه اتصاله به، بل الغالب وقوع القبول به أو مقارنا له، و لا اعتبار هنا بوقت المطالبه أو الأداء قطعا كما هو واضح.

و الوجه فى ثبوت القيمه أن القرض قسم من الضمانات و إن توقف على التراضى و لا ريب فى أن ضمان القيمى بالتلف و غيره بالقيمه لا المثل، بل يمكن تحصيل الإجماع عليه هناك و إن كان يظهر من الشهيد فى الدروس أن ميل المصنف هنا إلى أن الضمان بالمثل جار فيها أيضا، لكن هو و غيره صرح فى باب الغصب بأن ضمان القيمى بالقيمه فلاحظ و تدبر، و لعلها لأنها البدل عن العين عرفا فى الغرامات، باعتبار عدم تساوى جزئيات العين المضمونه، و اختلاف صفاتها، فالقيمه حينئذ أعدل خصوصا فى مثل الحيوان الذى لم يعرف الباطن منه، و لا كثير من صفاته.

---

۱- ۱ الوسائل الباب- ۲۰- من أبواب المهور الحديث- ۴.

۲- ۲ سنن البيهقى ج ۵ ص ۳۵۱.

لکن قال المصنف هنا و لو قیل یثبت مثله فی الذمه أیضا کالمثلی کان حسنا لأنه أقرب إلی الحقیقه من القیمه، و ل

ما روی عن النبی (۱)صلی الله علیه و آله «أنه أخذ قصعه امرأه کسرت قصعه أخری»(۲)

و

«حکم بضمان عائشه إناء حفصه و طعامها بمثلهما»(۳)

و أنه استقرض بکرا ورد بازلا تاره، و أخری استقرض بکرا فأمر برد مثله.

و فی الدروس و المسالک نسبه المصنف إلی المیل إلیه، بل فی الثانی أنه لعله أفتی به إلا أنه لا یعلم به قائل من أصحابنا، کما یشعر به قوله، و لو قیل، کما أنه فی الأول و تظهر الفائده فیما إذا وجد مثله من کل الوجوه التی لها مدخل فی القیمه و دفعه الغریم، فعلی الثانی یجب القبول، و علی المشهور لا یجب، و فیما إذا تغیرت أسعار القیمی فعلی المشهور المعتبر قیمته یوم القبض، و علی الأخر یوم دفع العوض، و هو ظاهر الخلاف.

قلت: و منه یعلم موافقته للمصنف، کما أن ظاهر التذکره ذلک أیضا و إن کان لم یطلق کإطلاق المصنف، قال: «مال القرض إن کان مثلیا وجب رد مثله إجماعا و إن لم یکن مثلیا فإن کان مما ینضبط بالوصف و هو ما یصح السلف فیه کالحیوان أو الثیاب فالأقرب أنه یضمن بمثله من حیث الصوره، لأن النبی صلی الله علیه و آله استقرض بکرا إلی آخر ما سمعت، و هو قول أکثر الشافعیه، و قال بعضهم إنه یعتبر فی القرض بقیمته، لأنه لا مثل له فإذا استقرضه ضمنه بقیمته کالإتلاف. إلی أن قال بعد أن فرق بین القرض و الإتلاف: و أما ما لا یضبط بالوصف کالجواهر و القسی و ما لا یجوز السلف فیه تثبت قیمته، و هو أحد قولی الشافعیه.

نعم قد یظهر من المصنف فیما یأتی عدم جواز قرض مثل ذلک، و به یحصل الفرق بینهما، و علی کل حال فقد یناقش فیه بأنه إن کان المنشأ فی ضمان المثل قصد المتعاقدین فمع أنه ممنوع یمکن خروج ذلک عن النزاع، إذ قد عرفت احتمال جوازه

---

۱- ۱ سنن البیهقی ج ۶ ص ۲۱ و ۹۶.
۲- ۲ سنن البیهقی ج ۶ ص ۲۱ و ۹۶.
۳- ۳ سنن البیهقی ج ۶ ص ۲۱ و ۹۶.

مع الشرط كاشتراط القيمه فى المثل، و البحث مع عدم قصد المتعاقدين سوى كونه مضمونا، و من المعلوم ضمان القيمه فى مثله شرعا فى غير القرض من أنواع الغرامات، كما اعترف به الفاضل المزبور فى الإتلاف.

و دعوى الأقربيه إلى العين المضمونه- بعد عدم معرفه كثير من الصفات و لذا أطلق عليه الفاضل مثل الصورى- فى حيز المنع، و فرض وجود مثل له من كل وجه تتفاوت القيمه به لا تبنى على مثله الأحكام الشرعيه، مع أنه قد يقال على تقدير وجوده بعدم وجوبه، لأن المعاوضه قد وقعت بالقيمه، و ليس هو مخاطبا برد العين حتى يتحرى الأقرب إليها، كما فى تلف المغصوب، مع أنك قد عرفت تسليم الخصم فيه الضمان بالقيمه فتأمل.

و الخبر ان الأولان- مع أنهما عاميان، و واردان فى الضمان الذى لا يقول به الخصم، و معارضان بما ورد من تضمين معتق الشقص للقيمه، و أنهما حكايه فعل لا عموم فيه، يمكن التزام مثليه ما تضمناه، و أما الأخيران فيجرى فيهما أكثر ما سمعت و أنه يمكن كون رد البازل، بل و المثل منه عليه السلام لرضا المقرض به، باعتبار زيادته خيرا كل ذلك.

لكن الإنصاف عدم خلو القول به من قوه، باعتبار معهوديه كون قرض الشى ء بمثله، بل مبنى القرض على ذلك، بل قد يدعى انصراف إطلاق القرض إليه، و ربما يؤيده نصوص الخبز الذى يقوى كونه قيميا، و لذا تجب قيمته فى إتلافه بأكل و نحوه، فالاحتياط فيه لا ينبغى تركه.

و كيف كان ف يجوز إقراض الجوارى بلا خلاف فيه بيننا كما فى المسالك. و ما عن المبسوط و الخلاف لا نص لنا و لا فتيا فى إقراض الجوارى و قضيه الأصل الجواز ليس خلافا، ضروره إراده النص بالخصوص، بل ظاهره أو صريحه الجواز كما هو كذلك، لإطلاق الأدله و صحه السلف فيها كالعبيد، فتضمن حينئذ بالمثل أو القيمه، على اختلاف القولين خلافا لبعض العامه، فمنع من قرض الجوارى التى يحل للمقترض وطؤها بعد الإطباق منهم على قرض العبيد و الجوار التى لا يحل

للمقترض وطؤها، معللا ذلک بما هو أوضح من الدعوى فسادا، فتدخل فى ملک المقترض بالقبض بناء علیه، و له حینئذ الانتفاع فیها بالوطى و غیره.

أما على القول بالتصرف فلیس له الوطى کما فى المسالک، إلا أنه احتمل فیما یأتى جوازه أیضا کالأمه المشتراه بالمعاطاه.

و فیه أنه ممنوع فیها بناء على عدم الملک، إذ لا مستند له إلا الإباحه من المالک التی لا تجدى فى جواز الوطى المتوقف على عقد، و الکشف به عن الملک لو قلنا به لا یؤثر فى جواز الأقدام، کالملک الضمنى المقدر فى نحو أعتق عبدک عنى، فهو من جمله ما یرد على اعتبار التصرف فى الملک کما ستعرف.

و یجب قبولها لو أرجعها بعد الوطى إذا لم تتعیب به أو تحمل، بناء على ضمان القیمى بمثله، ضروره کون رد نفس العین وفاء عما فى ذمته، لأنها أحد أفراد الکلى الذى فیها، بل قد یقال بوجوب قبولها على الضمان بالقیمه التى وضعت بدلا عن العین، فإذا أمکنت ببذل المقترض کانت أقرب إلى الحق من القیمه، أو لأن القرض من العقود الجائزه و لو من جهه المقترض، فله الفسخ حینئذ، و رجوع کل من العوضین إلى ملک صاحبه، أو لدعوى ظهور القرض فى قصد المتعاقدین قبول العین لو ردها، لأنه إحسان محض، أو لغیر ذلک مما ستعرفه، و إن کان لا یخلو من اشکال و الله أعلم.

و على کل ف هل یجوز اقتراض اللآلى و نحوها مما لا یضبطها الوصف قیل و القائل الشیخ فیما حکى عنه لا یجوز و فى المسالک أنه یتم على القول بوجوب رد المثل فى مثل ذلک، و هو الذى أشار إلیه المصنف بقوله و على القول بضمان القیمه فیه أو مطلقا ینبغى الجواز ضروره ظهوره فى أنه لا ینبغى الجواز بناء على غیره، لکن قد یقال: بصحه قرضه لإطلاق الأدله و الرجوع فى الوفاء إلى الصلح، کما أنه قد یقال بصحه قرض ما لا یصح السلم فیه لعزه وجوده و إن ضبطه الوصف، فیکلف بالمثل حینئذ مع الوجوب علیه. و إلا انتقل إلى القیمه فتأمل جیدا و الله أعلم.

## [الثالث فی أحکامه و هی مسائل ]

### اشاره

(الثالث) من الأمور التی یقع فیها النظر فی أحکامه و هی مسائل

### [المسأله الأولی القرض یملک بالقبض لا بالتصرف ]

الأولی: القرض أی المال المقترض یملک بالقبض عندنا کما فی التذکره، و بلا خلاف فیه بیننا فی السرائر، بل قیل: إن جمله من العبادات تشعر بالإجماع علیه، بل عن بعضهم دعواه صریحا علیه لا قبله بعقد القرض إجماعا بقسمیه و لا بالتصرف بعده، لأصاله عدم شرط آخر فی حصول الملک بالعقد الذی لولا الإجماع السابق لاتجه القول بحصوله بتمامه من دون قبض، علی حسب غیره من العقود التی لا ریب فی ظهور الأدله فی اقتضائها التملیک، ضروره صدق مسماها بها.

اللهم إلا أن یمنع خصوص عقد القرض منها، بدعوی ظهور الأدله فی توقف مسماه علی حصول القبض، و علیه فالمتجه حصول الملک به حینئذ من غیر حاجه إلی أمر آخر من التصرف و غیره.

و دعوی أنه هو الشرط، لا أنه شرط آخر بعد القبض، یدفعها معلومیه عدمها عند الخصم، و مقتضاها جواز التصرف به من البیع و نحوه قبل القبض، و هو معلوم العدم، بل لا- بد من القبض بإذن المالک فی جواز التصرف، و حینئذ فعدم البأس بسائر أنواع التصرفات فیه التی منها المعلوم توقفه علی الملک کالوطی، أقوی شاهد علی حصول الملک قبله.

کما أشار إلیه المصنف بقوله و لانه فرع الملک فلا یکون مشروطا به و أومأ إلیه ابن زهره فی الغنیه حیث قال: «و هو مملوک بالقبض، لأنه لا خلاف فی جواز التصرف بعد قبضه، و لو لم یکن مملوکا لما جاز ذلک» کالفاضل فی التذکره حیث استدل علیه بأنه قبض لا یجب أن یتعلق به جواز التصرف فوجب أن یتعلق به الملک کالقبض فی الهبه، و لأنه إذا قبضه ملک التصرف فیه من جمیع الوجوه، و لو لم یملکه لما ملک التصرف، و لانه یحصل بالقبض فی الهبه ففی القرض أولی لأن للعوض مدخلا

فيه إلى آخره.

بـل لعله إليه يرجع مـا فى المتن و الـدروس و غيرهمـا من التعليل لنفى اشتراطه بأنه فرع الملك، فلا يكون مشـروطا به، و إلا لزم كون الشى ء الواحد سابقا و غير سابق كرجوع الوجه الآخر إليه و هو أن التصرف فيه لا يجوز حتى يصير ملكا لقبح التصرف فى مال الغير، و لا يصير ملكا له حتى يتصرف فيه، فيلزم توقف التصرف على الملك، و الملك على التصرف.

و ناقش فيه فى المسالك بمنع تبعيه التصـرف للملك مطلقا، و توقفه عليه، بل يكفى فى جواز التصرف إذن المالك فيه كما فى غيره من المأذونـات، و لاـ شـك أن الإـذن للمقترض حاصـل من المالـك بالإيجاب المقترن بالقبول، فيكون ذلك سـببا تاما فى جواز التصـرف، و ناقصا فى إفاده الملك، و بالتصرف يحصل تمام سبب الملك ثم إن كان التصرف غير ناقل للملك، و اكتفينا به فالأـمر واضـح، و إن كـان ناقلاـ أفـاد الملـك الضـمنى قبـل التصـرف بلحظه يسـيره كما فى العبـد المأمور بعتقه عن الآمر غير المالك.

بل نقل فى الـدروس أن هذا القائل يجعل التصـرف كاشـفا عن سـبق الملك قطعا و على هذا فلا اشـكال من هذا الوجه، و يؤيد هـذا القول أصـاله بقـاء الملـك إلى أن يثبت المزيـل، و أن هـذا العقـد ليس تبرعا محضا إذ يجب فيه البـدل، و ليس على طريق المعاوضات، فيكون كالإباحه بشرط العوض لا يتحقق الملك معه إلا مع استقرار بدله و كالمعاطاه.

و كأنه أخذ ذلك مما فى الدروس قال: «و قيل: يملك بالتصرف بمعنى الكشف عن سبق الملك، لأنه ليس عقدا محققا، و لهذا اغتفر فيـه مـا فى الصـرف، بـل هـو راجـع إلى الإـذن فى الإتلاـف المضـمون، و الإتلاـف يحصـل بـإزاله الملـك أو العيـن، فهو كالمعاطاه.

و على كـل حـال يـدفعها أولاـ أن التصـرف و إن كـان كثير من أفراده فى حـد ذاته غير موقوف على الملـك، إلاـ أنه فى المقام كذلك لعدم إذن من المالك، غير الإذن التى

فی ضـمن العقد المعلوم اشتراطها بحصول مضمون العقد، و هو هنا التملیک بعوض فالتصرفات مع فرض عدم حصول الملک لا إذن فیها.

و من هنا قالوا إن المعاوضات علی تقـدیر بطلانها لا یجوز التصـرف بالإذن الحاصل فی العقـد، ضـروره عـدم بقاء المطلق بدون المقیـد، و لا یرد نحو ذلک علی شـرطیه القبض، إذ لا بـد عنـدنا من الإذن فیه بعـد العقـد، فإذا وقع بعنوان عقـد القرض حصـل الملـک، فیقع التصـرف حینئـذ فی ملـک علی حسب ما اسـتفید من العقـد، و ثانیا أن جمله من التصـرفات لا تجـدی معها الاذن المزبوره کالوطی المتوقف علی الملک أو العقد، و کالبیع الذی لا یجوز لغیر مالکه إلا بالوکاله أو فضولا و معلوم انتفاؤهما.

و ثالثا أنه من الواضح الفرق بین القرض و الإباحه بعوض، علی فرض تسلیم مشروعیتها مستقله، إذ هو عقد قد قصد منه التملیک بـالعوض، بخلافهـا، و مضـمون علی القـابض و لو بـالتلف السـماوی، بخلافها، و لو کان القرض راجعا إلیها لم یکن لعقـده ثمره أصـلا، علی أنه کیف یمکن رجوعه إلیها و لم تکن من قصـد أحد المتعاقدین بل مقصودهما معا خلافها، و هو التملیک بعوض فی الذمه.

و أیضا مرجع الإباحه بعوض فی الإتلاف بغیر نقل إلی الضـمان، و إن کان التلف لملک المبیح، و أما فی التصـرف الناقل کالبیع و نحوه إلی إراده إثبات عوضه فی الـذمه ثم التصـرف فیه، فمع فرض وقوع ذلک منه کان فی إثبات عوضه فی ذمته موجبا قابلا فیکون ملکا له قبل الانتقال إلی المشتری مثلا بآن ما، بل ربما کان التقدم الذاتی کافیا.

لکن ذلـک کله موقوف علی دلیـل صـحه هـذا القسم من الإبـاحه، حـتی یتجه الـتزام نحوه مراعـاه للجمع بینه و بین مـا دل علی اشتراط الملک فی البیع، و لیس، فضـلا عن رجوع القرض إلیها، بل قـد یـدعی- بعد الدلیل- صـحه البیع من دون ملک فی نحو ذلک، بل ربما ادعی نحوه فی أعتق عبدک عنی.

و علی کل حال فالتزام کون القرض من ذلک کما تری، و معلومیه الصـحه فیه شاهده علی حصول الملک بالقبض، لا أنها مبنیه علی هذه الخرافات، و أوضح من ذلک

فسادا دعوى حصول الكشف بالتصرف عن الملك من حين القبض، ضروره توقف صحتها على ما يدل على اشتراط تأثير العقد و القبض بالتصرف حتى يكون كالرضا فى عقد الفضولى و نحوه من الشرائط المتأخره عن الأسباب المقتضيه للملك التى يرجع اشتراطها إلى توقف تأثير السبب مقتضاه على حصولها، فمعه يحصل الأثر من حين وقوع السبب، و هذا معنى الكشف، فالمؤثر للملك حينئذ غيره كما صرح به فى التذكره فى المقام، فإنه بعد أن حكى القول بالملك بالتصرف مصرحا بأنه على معنى إذا تصرف تبين ثبوت الملك قال: «و هذا يدل على أن الملك لم يحصل بالتصرف، بل بسبب آخر قبله، و إن كان قد يدفع بصدق حصول الملك به على المعنى الذى ذكرناه، إذ الفرض أنه شرط للسبب كما هو واضح.

كل ذلك مضافا إلى ظهور النصوص المتضمنه لكون الزكاه على المقترض فى المختار خصوصا

صحيح زراره(۱)منها «قلت: لأبى جعفر عليه السلام: رجل دفع إلى رجل مالا قرضا على من زكوته على المقرض أو المقترض؟ قال: بل زكاته إن كانت موضوعه عنده حولا على المقترض، قال: قلت: فليس على المقرض زكاته؟ قال: لا يزكى المال من وجهين فى عام واحد و ليس على الدافع شى ء، لأنه ليس فى يده شى ء إنما المال فى يد الآخذ، فمن كان المال فى يده كانت الزكاه عليه، قال قلت: أ فيزكى مال غيره من ماله؟ قال: إنه ماله ما دام فى يده، و ليس ذلك المال لأحد غيره، ثم قال:

يا زراره أ رأيت وضيعه ذلك المال أو ربحه لمن هو و على من هو؟ قلت: للمقترض، قال:

فله الفضل و عليه النقصان، و له أن ينكح و يلبس منه، و يأكل منه، و لا ينبغى له أن يزكيه، فإنه عليه جميعا».

بل هو دال على المطلوب من وجوه، و

الموثق (۲)«رجل استودع رجلا ألف درهم فضاعت، فقال الرجل: كانت عندى وديعه، و قال الآخر: إنما كانت عليك قرضا، قال: المال لازم له، إلا أن يقيم البينه أنها كانت وديعه»

اللهم إلا أن يقال

---

۱- ۱ الوسائل الباب- ۷- من أبواب من يجب عليه الزكاه الحديث- ۱.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۷- من أحكام الوديعه- الحديث- ۱.

بتوقف الملک علی التصرف، لا الضمان، و فیه بحث، و بعد التسلیم ففیما تقدم کفایه.

فمن الغریب میل ثانی الشهیدین إلیه و ان قال بعد ذلک: إن العمل علی المشهور، خصوصا بعد عدم معروفیه الخلاف فیه بیننا، و إن نسبه فی التنقیح إلی المبسوط و الخلاف، إلا أنه لم نتحققه، بل فی الدروس نسبه المشهور إلی الشیخ، بل المحکی عنه فی مسئله ارتجاع المقرض العین ما هو کالصریح فی حصول الملک بالقبض، لکنه کالهبه یجوز فسخه، و ستعرف تحقیق الحال فی ذلک، و خصوصا بعد إجمال المراد من التصرف، إذ من المحتمل مطلق التصرف کما عن الشهید فی بعض تحقیقاته، و علیه یعود النزاع لفظیا کما فی الریاض، فإن القبض نوع منه أو التصرف الناقل للملک لزوما، أو المتلف للعین، و هو الذی استظهره فی التذکره، بل فی المسالک أنه الظاهر من کلماتهم، و فی الناقل عن الملک جوازا وجهان وجیهان.

لکن یشکل حینئذ انعتاق الوالد الذی استقرضه ولده بناء علی الکشف بالتصرف، ضروره اقتضائه حینئذ فساد التصرف بالانعتاق، فلا یکون التصرف کاشفا لبطلانه، فیلزم حینئذ من وجوده عدمه، فلا یؤثر، أو التصرف المتوقف علی الملک کالبیع و الهبه و نحوهما، لا الرهن و نحوه مما لا یتوقف علی الملکیه، ضروره جواز الاستعاره للرهن بخلاف البیع مثلا، علی أنه له و لا دلیل علی شی ء منها، و لا- علی ما عن بعضهم من أن الضابط فیه ما یقطع به رجوع الواهب و البائع عند إفلاس المشتری، و أما ثمره الخلاف فقد قیل: إنها تظهر فی الرجوع بالعین قبله، و عدمه.

و فیه ما ستعرف من إمکان بناء الخلاف فی ذلک علی جواز عقد القرض و لزومه، فعلی القول بأنه یملک بالقبض یمکن القول بالرجوع فی العین، لجواز العقد فهو کالهبه، نعم تظهر فی النماء إذا حصل الملک بنفس التصرف، أو کان الملک فیه ضمنیا، و أما علی الکشف من حین القبض فلا، و کذا النفقه و غیرها بل الثمره کثیره

إلا أنه لا ينبغى تطويل الكلام بعد معلوميه فساد الأصل و الله أعلم.

و كيف كـان ف هـل للمقرض ارتجـاعه أى المـال المقترض بعـد القبض و إن قلنـا يملك به قيل: و القائل الشـيخ نعم و لو كره المقترض لأنه لا يزيـد على الهبه، و للإجماع على كونه من العقود الجائزه التى من المعلوم كون المراد بجوازها فسـخها و رجوع مـا انتقـل بهـا إلى مـالكه، و لأـن المثـل و القيمه إنما وجبت بـدلا عن العين، لغلبه خروجها عن يـد المقترض، و لأنه إذا اسـتحق المطالبه بالمثل أو القيمه فبالعين بطريق أولى.

و قيل: لا و هو الأشـبه و الأشـهر بل المشـهور بل لعله إجماع بين المتأخرين لأن فائده الملك التسـلط على المملوك فالأصل فيه عـدم خروجه عنه إلاـ برضـاه كما أن استصـحاب ملك المقترض للعين و المقرض للمثل أو القيمه قاض بـذلك أيضا، و خروج الهبه بالـدليل لاـ يقضـى به هنا، خصوصا بعـد الفرق بينهما بالمعاوضه فى المقام دونها، و الإجماع على الجواز بالمعنى المعروف ممنوع بعد ما عرفت من شـهره عدم رجوع المقرض بالعين، و احتمال تنزيل ذلك على ما إذا لم يفسخ- فيرجع النزاع حينئذ إلى جواز الرجوع و عـدمه من دون فسـخ للقرض- كما ترى، إذ هو مع خلوه عن الفائـده و مخالفته لظاهر كلماتهم و صـريح البعض محل للنظر، بإمكان كون الرجوع بالعين نفسه فسخا و إن لم يصرح به بلفظه.

فظهر أن مراد المشـهور عـدم رجوع المقرض بالعين على كل حال، و أنه ليس له الفسخ القاضـى بذلك، و منه يعلم كون المراد بالجواز الـذى ادعى الإجماع عليه أن لكل منهما فسخ المقصد المهم من القرض، و هو الأنظار الذى هو مبنى القرض عرفا غالبا، و من هنـا قـال مالـك: «إنه لا يجوز للمقرض مطالبه المقترض قبل قضاء وطره من العين، أو مضـى مـده يمكن فيه ذلك» فـذكر الأصـحاب الجواز بـالمعنى المزبور بقصـد الرد عليه، ضـروره أنه و إن كـان مبنى القرض ذلـك، إلاـ أنه ليس على وجه يلتزم به شرعـا، و العوض قـد ثبت فى الـذمه حالا، فله المطالبه فى المجلس و غيره، كما أن للمقترض دفع ذلك متى شاء، فالمراد حينئذ من الجواز ذلك، لا المعنى الموجب لرد العين

لعدم الدليل الصالح لمعارضه ما سمعت، بل مقتضاه الفسخ و إن حصل التصرف المغير للعين الموجب نقصها، لعدم الدليل على لزومه بذلك على تقدير جوازه، فيرد العين جابرا لها بالأرش، و هو معلوم البطلان، فتعين إرادتهم ما ذكرنا من الجواز.

و لعله إليه يرجع ما فى المسالک و إن لم ينقحه كما ذكرنا، قال ما حاصله:

إن الأصل و الاستصحاب يدل على المشهور، و لا معارض لهما إلا كون العقد جائزا يوجب فسخه ذلک، و فيه منع ثبوت جوازه بالمعنى المزبور، إذ لا دليل عليه، و ما أطلقوه من كونه جائزا لا يعنون به ذلک، لأنه قد عبر به من ينكر هذا المعنى، و هو الأكثر، و إنما يريدون بجوازه تسلط المقرض على أخذ البدل إذا طالب به متى شاء و إذا أرادوا بالجواز هذا المعنى فلا مشاحه فى الاصطلاح، و إن كان مغايرا لغيره من العقود الجائزه من هذا الوجه، و حينئذ فلا اتفاق على جوازه بمعنى يثبت به المدعى، و لا دليل صالح على ثبوت الجواز له بذلک المعنى المشهور، فيبقى الملک و ما فى الذمه على حكمهما إلى أن يثبت خلافه، و هذا هو الوجه، و إلا كان ما ذكرناه أولى، و كون الحكمه فى وجوب المثل أو القيمه ذلک، لا يقضى بجواز الرجوع بالعين بعد أن ثبت ملک المقترض للعين، و ثبت فى ذمته المثل أو القيمه و هو واضح، كوضوح منع الأولويه المزبوره، فظهر حينئذ أنه لا مناص عن المشهور.

نعم يتجه القول بوجوب قبول المقرض للعين لو دفعها المقترض فى المثلى إذا فرض عدم تغيرها، سواء نقص السعر أولا، ضروره كونها أحد أفراد الكلى الذى فى ذمته، بل هى أولى من غيرها، و كذا القيمى بناء على ضمانه بالمثل، إذ هو كالمثلى فى الحكم.

أما على القول بالقيمه فالمتجه عدم وجوب القبول لأنها غير الحق الثابت فى الذمه، فلا يجب قبوله، و ليس الواجب أولا دفع العين فإذا تعذر انتقل إلى القيمه إذ قد عرفت أن الثابت ابتداء القيمه بالعقد و القبض، لكن احتمل بعضهم كالفاضل و غيره وجوب القبول، بل فى الدروس أنه الأصح، و نقل فيه الشيخ الإجماع، بدعوى كون مبنى القرض المشروع للإرفاق على ذلک، و لأولويه العين- من القيمه و المثل

اللـذين كان القصـد من إثباتهما فى الـذمه بدل العين- لغلبه خروجها من يد المقترض و لأن ثبوت القيمه فى القيمى لتعذر مثله، فمع فرض رد العين نفسها يتعين القبول إلا أن الجميع كما ترى.

و أضـعف منه ما احتمله فى الـدروس من وجوب القبول فى المثلى و القيمى إن تساوت القيمه أو زادت وقت الرد، و إن نقصـت فلا، لعـدم الـدليل له سوى اعتبار لا يصـلح لتأسـيس حكم شـرعى، فتأمل، كما أنه قـد يتوقف فيما ذكره أيضا من أنه لو ظهر فى العين المقترضه عيب فله ردهـا و لاـ أرش، فـإن أمسـكها فعليه مثلهـا أو قيمتهـا معيبه، و هـل يجب عليه إعلاـم المقترض الجاهل بـالعيب؟ عنـدى نظر من اختلاف الأغراض، و حسم ماده النزاع، و من قضـيه الأصل. نعم لو اختلفا فى العيب حلف المقترض مع عدم البينه، و لو تجدد عنده عيب آخر منع من الرد، إلا أن يرضى به المقرض مجانا أو بالأرش.

فـإنه و إن كـان جيـدا إلاـ أن الحكم الأـول لم أعثر على ما يـدل عليه، اللهم إلا أن يـدعى أن بناء المعاوضه على أصل الصـحه، فالخيار هنا كالخيار فى الرد بالعيب فى البيع، و إن زاد عليه هناك بالأرش للنصوص، و الأمر سهل. و الله أعلم.

### [المسأله الثانيه لو شرط التأجيل للقرض لم يلزم ]

المسأله الثانيه لو شرط التأجيل للقرض فى عقد القرض لم يلزم على المشهور بين الأصحاب شهره عظيمه، بل لا خلاف أجده فيه قبل الكاشانى، نعم احتمله فى المسالك بناء على ما ذكره سابقا من لزوم هـذا العقـد، و عـدم كونه من العقود الجائزه بدليل عدم وجوب رد العين إذا أراده المقرض، فيشمله حينئذ

قوله عليه السلام (۱)«المؤمنون عند شروطهم»

و غيره مما دل على لزوم ما شـرط فى العقـد اللازم، و دعوى أن هذا العقد ليس على حد الجائزه ليقطع فيه بعدم لزوم الشـرط، و لا على حـد اللازمه ليلحقه حكمها، يـدفعها أن المتجه بعـد التسـليم الرجوع حينئذ إلى عموم الأدله الداله على الالتزام بالشـرط و الوفاء بالعقد.

و بذلك اغتر جماعه من متأخرين المتأخرين الذين لا يبالون باتفاق الأصحاب، فضلا

---

۱- ۱ الوسائل الباب- ۲۰- من أبواب المهور الحديث- ۴.

عن شهرتهم حتى جزموا باللزوم، و شددوا النكير على دعوى كونه من العقود الجائزه، و

قد عرفت البحث فى ذلك سابقا، و أن مرادهم من الجواز عدم الالتزام بما يفهم من القرض من التأجيل فى مقابله المحكى عن مالك، و جوازه بهذا المعنى مسلم لا يكاد ينكره أحد من الشيعه، و النصوص واضحه الدلاله عليه، ضروره ظهورها فى رجحان التأخير و الإمهال و الإنظار، و الترغيب فى ذلك على وجه صريح أو ظاهر فى الندب.

خصوصا مثل

قوله صلى الله عليه و آله (۱)«من أقرض أخاه المسلم كان له بكل درهم وزن جبل أحد من جبال رضوى و طور سيناء من حسنات، و إن أرفق به فى طلبه تعدى به على الصراط كالبرق الخاطف اللامع بغير حساب و لا عذاب»

و

قوله صلى الله عليه و آله (۲)«من أقرض مؤمنا قرضا حسنا ينظر ميسوره كان ماله فى زكاه، و كان هو فى صلاه من الملائكه حتى يؤديه»

و غيرهما مما هو كالصريح فى جواز رجوعه و مطالبته أى وقت شاء، و أنه محسن لا سبيل عليه.

و حينئذ مقتضى إطلاق هذه الأدله جواز ذلك حتى مع اشتراط الأجل الذى هو فى الحقيقه التصريح بما بنى عليه القرض و المتعارف منه، و الذى ندب إليه و حث عليه، بل قيل: إنه إذا لم يجب الوفاء بالأجل المدلول عليه بنفس العقد ضمنا مع أن الأصل لزوم الوفاء به، فعدم

الوجوب إذا كان مدلولا عليه بالشرط أولى، على أن التعارض بين ما دل على لزوم الشرط، و بين ما دل على استحباب القرض، و أن لكل منهما الرجوع متى شاء، و إن لم يكن بمعنى فسخ ملك العين المقترضه من وجه، و لا ريب فى أن الترجيح للثانى، و لو للشهره العظيمه، بل الإجماع المحكى الذى يشهد له التتبع.

و المناقشه- بمنع تعلق الاستحباب بخصوص المدلول، بل بسببه الذى هو إجراء الصيغه، و إن كان الوجه فى تعلقه به هو رجحان العمل بمسببه، فيرجع حاصل

---

۱- ۱ الوسائل الباب- ۶- من أبواب الدين- الحديث- ۵.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۶- من أبواب الدين- الحديث- ۳.

الأدله إلى استحباب الإقدام على القرض، و إيجاد سببه، و لا ينافيه وجوب المسبب بعده، و إن هو إلا كالتجاره، فقد تظافرت الأدله باستحبابها مع وجوب العمل بمقتضيات أسبابها كدفع المبيوع و نحوها، و ككثير من العبادات المستحبه الواجبه بالشروع فيها، و بالجمله استحباب الشى ء ابتداء غير وجوبه استدامه، فاستحباب الاقتراض ابتداء لا ينافى وجوب العمل بمقتضى عقده بعد إيجاده- يدفعها ظهور النصوص التى منها ما ذكرناه فى استحبابه استدامه، و فى أن للمقترض الوفاء متى شاء كما لا يخفى على من تأملها أدنى تأمل.

نعم لو ادعى تقييدها بما إذا لم يشترط الأجل، كان الجواب عنه ما عرفت من أنه ليس بأولى من تقييد أدله الشرط بما إذا لم يكن مقتضيا لتأخير القرض، بل هو أولى من وجوه، بل مقتضاه عدم لزوم هذا الشرط و لو كان فى عقد لازم غير القرض إلا أن شهره الأصحاب فيه على اللزوم، فترجح أدله الشرط حينئذ عليه، خصوصا بعد معروفيه عدم الخلاف فيه.

نعم فى الدروس و لو شرط تأجيله فى عقد لازم، قال الفاضل: يلزم تبعا للازم و يشكل بأن الشرط فى اللازم يجعله جائزا فكيف ينعكس، و عن الحواشى أن فى ذلك إشكالا، لأنه إن أريد بلزومه توقف العقد المشروط عليه فممنوع، لكنه خلاف المتبادر من كونه لازما، و لا- يقتضيه أيضا كما هو ظاهر، إذا العقود المشروط فيها شروط لا يقتضى لزومها، بل فائدتها تسلط من يتعلق غرضه بها على الفسخ بالإخلال بها، و إن أريد لزوم ذلك الشرط فى نفسه: بمعنى أنه لا سبيل إلى الإخلال به لم يطرد، إلا أن يفرق بين اشتراط ما سيقع و ما هو واقع، و يجعل التأجيل من قبيل الواقع فيتم بهذا.

و فيه أن المراد بكون الشرط لازما وجوب الوفاء به، كما وجب الوفاء بالعقد اللازم، لأنه من جمله مقتضياته، و تسلط من تعلق به غرضه على الفسخ بدونه لا ينافى هذا المقدار من اللزوم من طرف العاقد الآخر، فيكون الشرط و العقد لازما من طرف المشترط له عليه، و من طرف من تعلق به غرضه يكون العقد لازما مع الإتيان

بالشرط لا بدونه، و هذا معنى واضح صحيح مستقيم.

كما أن ما ذكروه من أن الأجل من الشرط الواقع لا بأس به أيضا، فإن اشتراط تأجيل الحال من قبيل العوض الواقع فى ذلك العقد، فيلزم بهذا الاشتراط، و هذا هو المفهوم من إطلاق الأصحاب تأجيل الحال فى عقد لازم، و ليس هو كاشتراط أن يفعل الفعل الفلانى، بل هو كاشتراط سكنى الدار سنه فى البيع فإن ذلك يصير حقا له كاستحقاق العوض، كل ذلك مضافا إلى ما تسمع من النصوص (۱)بالخصوص فى تأجيل الحال و إلى ما عرفته سابقا فى بحث الشروط.

و كيف كان فقد بان لك أنه لا محيص عما عليه الأصحاب من اللزوم فى الشرط بعقد لازم، و عدم اللزوم فى عقد القرض و إن قلنا بكونه من العقود اللازمه لما عرفت و لا يعارض الأخير قوله تعالى (۲)«إِذا تَدايَنْتُمْ بِدَيْنٍ إِلى أَجَلٍ مُسَمًّى فَاكْتُبُوهُ» بعد عدم ظهوره فى القرض المشترط فيه الأجل، و أنه يجب الوفاء به إذا كان بعقد القرض بل ظاهره عدم إراده بيان ذلك كما هو واضح، و لا

المروى عن ثواب الأعمال (۳)«من أقرض قرضا و ضرب له أجلا و لم يؤت به عند ذلك الأجل كان له من الثواب فى كل يوم يتأخر عن ذلك الأجل مثل صدقه دينار كل يوم»

و نحوه الرضوى (۴)إذ أقصاهما الدلاله على صحه التأجيل و لا كلام فيه، و ثمرتها إنما هو جواز تأخير الدفع إلى الأجل و وجوبه بعده، و هو غير لزومه الذى هو عباره عن وجوب التأخير إليه، و إنما الكلام فيه مضافا إلى

قصور الخبرين و لا جابر، بل قد عرفت تحقق الموهن الذى لأجله أطرح

مضمر الحسين بن سعيد(۵)«عن رجل أقرض رجلا دراهم إلى أجل مسمى ثم مات المستقرض أ يحل مال القارض بعد موت المستقرض منه، أم لورثته من الأجل ما للمستقرض فى حياته؟ فقال: إذا مات فقد حل مال القارض»

---

۱- ۱ الوسائل الباب- ۹- من أبواب أحكام العقود.

۲- ۲ سوره البقره الآيه ۲۸۲.

۳- ۳ الوسائل الباب ۶- من أبواب الدين- الحديث- ۱.

۴- ۴ الوسائل الباب ۶- من أبواب الدين- الحديث- ۵.

۵- ۵ الوسائل الباب- ۲ من أبواب الدين الحديث- ۲.

بناء على إشعاره بلزوم التأجيل فى القرض، كالدين من حيث التقدير و المفهوم، و ليس هو كالخبرين السابقين خصوصا بعد لفظ يحل فيه، الظاهر فى عدم استحقاق المطالبه قبل انقضاء المده المضروبه حال حيوه المستقرض.

نعم قد يقال: إن سؤاله لم يكن عن لزوم الأجل فى عقد القرض، بل إنما هو عن الحلول بالموت و عدمه، فأجابه عليه السلام على طبق سؤاله، فيمكن أن يريد من القرض الدين، أو القرض المشترط أجله بعقد لازم، أو غير ذلك فلا يكون منافيا للمطلوب الذى هو عدم لزوم شرط الأجل فى عقد القرض.

و كذا لو أجله بعد العقد أو أجل غيره من الدين الحال بأن يقول مثلا أجلتك إلى شهر لم يتأجل للأصل و غيره بل هو أولى فى عدم اللزوم من الأجل فى عقد القرض، و لكن يستحب الوفاء به، لأنه وعد و كيف كان فقد بان لك أنه لا دليل معتد به على اللزوم بل ليس فيه إلا إشعار روايه الحسين بن سعيد المتقدمه و

هى روايه مضمره مهجوره تحمل على الاستحباب خصوصا بعد ما عرفت من ضعف إشعارها من الوجه الذى ذكرناه.

و على كل حال ف لا فرق عندنا فى عدم لزوم تأجيل الحال بالتأجيل المزبور بين أن يكون مهرا أو ثمن مبيع أو غير ذلک (۱۱) لاشتراک الجميع فى أصاله عدم اللزوم و غيرها مما يدل على ذلک، خلافا لبعض العامه فذهب إلى لزومه فى ثمن المبيع و الأجره و الصداق أو عوض الخلع دون القرض، و بدل المتلف و أخر فالزمه فى الجميع و هما معا كما ترى، ضروره أن المراد من

قوله عليه السلام (۱)«المؤمنون عند شروطهم»

و نحوه العقود المشتمله على الشرائط لا الشرائط و إن لم تكن فى عقود التى يمكن منع تسميتها شروطا كما هو واضح.

و (۱۲) كذا لو أخره (۱۳) أى الدين الحال بزياده فيه لم تثبت الزياده و لا الأجل (۱۴) بل هو الربا المحرم بلا خلاف و لا إشكال. نعم قد يحتال لذلک بجعل الزياده فى ثمن مبيع مثلا و إن لم يساوه قد اشترط فى عقده تأجيل الحال خاصه أو هو مع ثمن المبيع

---

۱- ۱ الوسائل الباب- ۲۰- من أبواب المهور الحديث- ۴.

كما نطقت به النصوص ففى

موثق ابن عمار(۱)«قلت للرضا عليه السلام الرجل يكون له المال فدخل على صاحبه يبيعه

لؤلؤه تساوى ماءه درهم بألف درهم و يؤخر عليه المال إلى وقت قال: لا بأس قد أمرنى أبى ففعلت ذلك، و زعم أنه سأل أبا الحسن عليه السلام عنها فقال له مثل ذلك».

و

فى موثقه الآخر(۲)«قلت لأبى الحسن عليه السلام: يكون لى على الرجل دراهم فيقول أخرنى و أنا أربحك فأبيعه جبه تقوم على بألف درهم بعشره آلاف درهم أو قال بعشرين و أؤخره بالمال، قال: لا بأس»

و

فى مضمر عبد الملك ابن عتبه(۳)«سألته عن الرجل يريد أن أعينه المال أو يكون لى عليه مال قبل ذلك فيطلب منى مالا أزيده على مالى الذى لى عليه أ يستقيم أن أزيده مالا و أبيعه لؤلؤه تساوى ماءه درهم بألف درهم فأقول أبيعك هذه اللؤلؤه بألف درهم على أن أؤخر ثمنها و مالى عليك كذا و كذا شهرا؟ قال: لا بأس به»

إلى غير ذلك من النصوص المفتى بها بين الأصحاب و إن كان حيله و فرارا، لكن نعم الفرار من الباطل إلى الحق و منه ينتقل إلى غير ذلك من الحيل الشرعيه المنطبقه على أصول المذهب و قواعده.

و لا يعارضه

خبر الشيبانى (۴)«قلت لأبى عبد الله عليه السلام: الرجل يبيع المبيع و البائع يعلم أنه لا

يسوى و المشترى يعلم أنه لا يسوى إلا أنه يعلم سيرجع فيه و يشتريه منه فقال: يا يونس إن رسول الله صلى الله عليه و آله و سلم قال لجابر بن عبد الله: كيف أنت إذا ظهر الجور و أورثتم الذل قال: فقال له جابر: لا بقيت إلى ذلك الزمان. و متى يكون ذلك بأبى أنت و أمى قال: إذا ظهر الربا يا يونس، و هذا الربا فإن لم تشتره منه رده عليك؟ قال: فقلت: نعم قال فقال: لا تقربنه و لا تقربنه»

بعد قصوره عن المقاومه من وجوه خصوصا بعد قوه احتمال إراده حال عدم قصد البيع منه و أنهما لم يوجباه كاحتمال التقيه لما حكى عن العامه من تشديد المنع فى هذه الصوره، و ربما حمل على الكراهه أو غير ذلك.

---

۱- ۱ الوسائل الباب- ۹- من أبواب أحكام العقود الحديث- ۶.

٢- ٢ الوسائل الباب- ٩- من أبواب أحكام العقود الحديث- ۴.

٣- ٣ الوسائل الباب- ٩- من أبواب أحكام العقود الحديث- ۵.

۴- ۴ الوسائل الباب- ۵- من أبواب أحكام العقود الحديث- ۵.

و علی کل حال فقد ظهر من هذا کله أن تأجیله بزیاده من دون حیله شرعیه غیر جائز. نعم یصح تعجیله لو کان مؤجلا بإسقاط بعضه مع التراضی بلا خلاف و لا إشکال، کما تقدم فی بحث النقد و النسیئه، للنصوص المستفیضه، بل ربما استظهر منها الإکتفاء بالتراضی من غیر حاجه إلی الإبراء أو الصلح، ف

فی مرسل أبان (۱)عن أبی عبد الله علیه السلام «سألته عن الرجل یکون له علی الرجل الدین فیقول له قبل أن یحل الأجل عجل النصف من حقی علی أن أضع عنک النصف أ یحل ذلک لواحد منهما؟ قال: نعم».

و

صحیح ابن أبی عمیر(۲)عن الصادق علیه السلام أیضا «أنه سأل عن الرجل یکون له دین إلی أجل مسمی فیأتیه غریمه فیقول له: انقدنی کذا و کذا و أضع عنک بقیمته أو یقول: انقدنی بعضه و أمد لک فی الأجل فیما بقی علیک؟ قال: لا أری بأسا، إنه لم یزد علی رأس ماله قال الله عز و جل شأنه (۳)«فَلَکُمْ رُؤُسُ أَمْوالِکُمْ لا تَظْلِمُونَ وَ لا تُظْلَمُونَ»

و اللام فی السؤال بمعنی علی، کما رواه

محمد بن مسلم (۴)فی الصحیح مغیرا للسؤال «الرجل یکون علیه الدین إلی أجل مسمی»

إلی آخره.

لکن قد یقال: إن بناء هذه النصوص علی الإکتفاء بمعاطاه الصلح، أو علی إراده بیان أصل الصحه، و إن کان عند الوقوع لا بد من صیغه، إذ المتعارف فی النصوص عدم التعرض للصیغ لمعلومیتها أو لغیر ذلک، فلا ریب أن الأولی الإتیان بصیغه الصلح أو التصریح بالبراءه أو الإسقاط و العفو، و إن کان الأقوی الاکتفاء بمعاطاه الصلح.

و کیف کان فیدل علی المطلوب مضافا إلی النصوص السابقه و

خبر زراره(۵)عن أبی عبد الله علیه السلام «سألته عن رجل اشتری جاریه بثمن مسمی ثم باعها فربح فیها فأتاه صاحبها یتقاضاه و لم

ینقد ماله، فقال صاحب الجاریه للذین باعهم: اکفونی غریمی هذا و الذی ربحت علیکم فهو لکم؟ قال: لا بأس»

الذی هو ک صحیح الحلبی (۶)بناء

---

۱- ۱ الوسائل الباب- ۷- من أبواب أحکام الصلح الحدیث- ۲.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۷- من أبواب أحکام الصلح الحدیث- ۱.

۳- ۳ سوره البقره الآیه ۲۷۹.

۴- ۴ الوسائل الباب- ۷- من أحكام الصلح الحدیث- ۱.

۵- ۵ الوسائل الباب- ۴- من أبواب أحكام العقود الحدیث- ۱.

۶- ۶ الوسائل الباب- ۴- من أبواب أحكام العقود الحدیث- ۲.

على أنه قد باعهم مؤجلا و إن كان لا مانع أيضا من بيعهم حالا، و الصلح معهم بإسقاط البعض، إذ هو صلح الحطيطه الذى يقوم مقام الإبراء، و لا ربا فيه و إن قلنا بعمومه للمعاوضات.

و من هنا أطلق الأصحاب جوازه بتعجيل البعض بإسقاط الباقى من غير فرق بين المجانس و المخالف، بل ظاهر الجميع كونه بالمجانس، على أنه يمكن أن لا يكون إبراء محضا، لأن الوضع فى مقابله الأجل، بل يمكن خروجه بذلك عن المجانس، و إن كان ذلك كله لا يخلو من نظر.

و الأولى الاستناد للنص المعتضد بفتوى الأصحاب، بل لم أجد أحدا منهم أومأ إلى احتمال الربا فيه سوى الفاضل فى القواعد و غيرها، بل ظاهره فى صلح الأولى البطلان على تقدير عموم الربا للمعاوضات، قال: و لو صالح على عين بأخرى فى الربويات ففى إلحاقه بالبيع نظر، و كذا فى الدين بمثله، فإن ألحقناه فسد، كما لو صالح فى ألف بخمسمائه حال، و لو صالح من ألف حال بخمسمائه مؤجل فهو إبراء على إشكال و يلزم التأجيل.

و سوى الشهيد فى الدروس حيث قال: «و لو صالح على المؤجل بإسقاط بعضه حالا صح إذا كان بغير جنسه، و أطلق الأصحاب الجواز، إما لأن الصلح هنا ليس معاوضه له، أو لأن الربا يختص البيع، أو لأن النقيصه فى مقابله الحلول، فلو ظهر استحقاق العوض أو تعيبه فرده فالأقرب أن الأجل بحاله» و قال ابن الجنيد سقط.

قلت: أقواها الأول إذ الثانى منظور فيه بأن الأصح عموم الربا، و قد صدر ذلك ممن يقول بعمومه، و أما الثالث ففيه أولا أنه لا يكفى فى سقوط الربا، و ثانيا قد عرفت أن الأقوى الصحه فى الحالين أيضا فله أن يصالح عن الزائد الحال بالناقص كذلك، لقيامه مقام الإبراء بخلاف البيع، فإنه لا يقوم مقامه، قال فى الدروس أيضا و لو صالح عن غير الربوى بنقيصه صح و لو كان ربويا و صالح بجنسه روعى أحكام الربا، لأنها عامه فى المعاوضات على الأقوى، إلا أن نقول الصلح هنا ليس معاوضه،

بل هو فی معنی الإبراء و هو الأصح، لأن

النبی صلی الله علیه و آله (۱)قال لکعب بن مالک:

«أترک الشطر و اتبعه ببقیته»

و روی ذلک عن الصادق علیه السلام (۲)و ینبغی أن یکون صورته صالحتک علی ألف بخمسمائه

، فلو قال بهذه الخمسمائه ظهرت المعاوضه، و الأقوی جوازه أیضا لاشتراکهما فی الغایه.

قلت: قد یشکل الأخیر بأنه لو صح لصح فی المعنیین مع التفاوت، علی أن یکون الصلح بمعنی هبه الزائد، و لا ریب فی عدم جوازه لکونه معاوضه حینئذ، اللهم إلا أن یفرق بینهما و هو غیر بعید کما ستعرف، و لو صالح عن ألف حال بخمسمائه مؤجله ففی التحریر أن الوجه الجواز، و لعله لأنه کالعکس، لکن فیه أنه یمکن الفرق بینهما فتأمل، و یأتی فی الصلح تمام الکلام إن شاء الله.

هذا و فی المسالک أنه کما یعتبر التراضی فی إسقاط البعض، یعتبر فی تعجیله بغیر إسقاط، لأن الأجل أیضا حق لهما، لتعلق غرض کل منهما به، فإن التعجیل قد لا یرضی به صاحب الحق، لحصول ضرر لخوف و نحوه، و بالنسبه إلی الآخر واضح لکن إسقاط الأجل یکفی فیه مجرد الرضا، أما إسقاط بعض الحق فیحتمل کونه کذلک، کما یقتضیه ظاهر إطلاقهم، و یکون الرضا بالبعض قائما مقام الإبراء، فإنه کما یظهر من تضاعیف کلامهم أنه لا یختص بلفظ، و فی کتاب الجنایات یقع بلفظ العفو و نحوه فیکون هذا منه، و یحتمل قویا توقف البراءه علی لفظ یدل علیه صریحا کالبراءه و الإسقاط و العفو و الصلح، لا مطلق الرضا لأصاله بقاء الملک إلی أن یتحقق المزیل شرعا.

و فیه أن مثله یأتی فی إسقاط الأجل، نعم یسقط به مع قبض المال من المستحق و حینئذ فالمتجه إسقاط بعض الحق معه، إذا وقع بعنوان المعاوضه عن الجمیع، ضروره کونه حینئذ من معاطاه الصلح، لکن یأتی فیه حینئذ إشکال الربا، إذ هو کالصلح عن الزائد بالأقل المعین، و قد عرفت قوه احتمال المعاوضه، خلافا للدروس فألحقه بالأقل غیر المعین الذی لا یکون إلا إبراء اللهم إلا أن یقال بصحه ذلک فی المقام من

---

۱- ۱ المستدرک ج ۲ ص ۴۹۹ الوسائل الباب ۶- من أبواب الصلح الحدیث ۱.

۲- ۲ المستدرک ج ۲ ص ۴۹۹ الوسائل الباب ۶- من أبواب الصلح الحدیث ۱.

جهه إطلاق النصوص.

و منه يظهر لک قوه ما سمعته من الدروس، و الاحتياط لا ينبغى تركه، و لقد طال بنا الكلام، و كان أصل المقصد بيان عدم لزوم الأجل المشترط فى عقد القرض، و قد ظهر لک الوجه فيه، بل منه يعلم عدم لزوم كل شرط اقتضى تأخير القرض من غير فرق بين الزمان و المكان و غيرهما.

لكن قد سمعت فيما تقدم أن الشهيد فى الدروس صرح بلزومه بالنسبه إلى المكان، خلافا للفاضل فجعله دائرا مدار المصلحه، اللهم إلا أن يقال باللزوم فيه هناک للنصوص التى يدعى دلالتها على ذلک، أما الشرط الذى لا يقتضى تأخير القرض فالمتجه بحسب الضوابط لزومه، و وجوب الوفاء به،

لعموم (۱)«المؤمنون»

و غيره مما يدل على وجوب الوفاء بالعقود اللازمه التى لا ريب فى أن عقد القرض منها، بعد ما عرفت من أنه ليس لأحدهما فسخه بحيث يرد العين إلى مالكها، فالأصل لزوم الشرائط فيه.

و لعل منه شرطيه الصحاح بدل المكسره عند من جوزه، بل الظاهر لزوم الشرط فى عقد القرض و إن كان تأخير قرض آخر، و إن كان لم يفرق فى المسالک بينه و بين أجل القرض المشترط فى عقده فى عدم لزوم الجميع، إلا أنک قد عرفت أن الأصل يقتضى اللزوم، خرج عنه فى خصوص الثانى، لما عرفت من الدليل، فيبقى غيره على الأصل، و لا ينافى لزوم الشرط فى عقد القرض جواز مطالبه المقرض فى كل وقت، وفاء المقترض كذلک، إذ ليس ذلک فسخا لعقد القرض الذى يجب الوفاء به و بما تضمنه من الشرائط التى لا تقتضى وجوب إبقائه، بل هو مطالبه بالمثل أو بالقيمه اللذين جبا بعقد القرض، فالاستناد فى دعوى عدم لزوم الشرط فى عقد القرض بأنه من العقود الجائزه بالمعنى المزبور واضح الفساد، ضروره أن المثمر فى عدم لزوم الشرط الجواز بمعنى فسخ العقد، لا هو بالمعنى المزبور هذا.

و فى جامع المقاصد «و ههنا فائده: و هى أن الشروط الواقعه فى عقد القرض

---

۱- ۱ الوسائل الباب- ۲۰- من أبواب المهور الحديث- ۴.

أقسام الأول- ما يفسده، و هو اشتراط الزياده للمقرض فى نفس مال القرض لمحض الإحسان، الثانى- ما يكون لغوا أو وعدا: و هو الزياده للمقترض من غير أن يكون للمقرض زياده. الثالث- ما يكون مؤكدا كاشتراط رهن به، و هو صحيح قطعا.

الرابع- ما يكون زياده للمقرض لكن فى غير مال القرض و فى صحته تردد، و الأصح الصحه. الخامس- ما يكون وعدا محضا كما لو أقرضه و شرط له أن يفرضه شيئا آخر.

إذا عرفت هذا فلا بد من الفرق بين هذه الشروط فى الأحكام، ففى الأول معلوم بقاء مال القرض فى ملك المقرض، و فى الثانى إن كان الشرط لغوا فلا بحث، و إن كان وعدا فمعناه إن و فى به كان حسنا و إلا لم يأثم، و وجهه أن القرض إحسان إلى المقترض بالقرض، و شرط فى ذلك الإحسان إحسان آخر لنفعه فقط، فلا يجب عليه، لانتفاء المقابله المقتضيه للوجوب.

و فى الثالث و الرابع يجب عليه الوفاء، لأن المقرض لم يرض بالقرض إلا على ذلك التقدير المشترط، و قد رضى المقترض على ذلك الوجه، فيجب الوفاء، فان لم يفعل أثم، و لم يكن له إجباره قطعا، لأن القرض عقد جائز من الطرفين، لكل منهما فسخه، فإن لم يفسخه حالا فهل يتوقف وجوب الدفع على المطالبه بمال القرض، أم يجب دفعه بمجرد المطالبه بالشرط مع عدم الوفاء، وجهان، و فى الأول قوه.

و هو كما ترى لا يرجع إلى ضابطه، بل هو عند التأمل مخالف للضوابط الشرعيه التى قد عرفت اقتضائها اللزوم فى كل شرط فى عقد القرض، إلا ما جر نفعا للمقرض و ما اقتضى عدم جواز المطالبه من المقرض و الوفاء من المقترض إلا فى اشتراط المكان، للنصوص السابقه فيه من غير فرق بين ما يرجع إلى القرض من الشرائط، كالرهن و الإشهاد و الكتابه و نحوها، و ما لا يرجع إليه من الأمور الملتزمه فى عقده، بل الظاهر أن فائده الشرط فى عقد القرض كفائدته فى غيره من العقود اللازمه، يجب إجبار من عليه الشرط، فإن تعذر تسلط من له الشرط على فسخ العقد نفسه، فيرجع المال

حينئذ ملكا إلى مالكه، و هذا غير مطالبه المقترض بعوض المال فى كل وقت، حتى يقال إنه كان حاصلا بدون الشرط.

و من ذلك يظهر لك النظر فيما فى الدروس من أن اشتراط الخيار فى عقد القرض لغو، ضروره أن اشتراطه يفيد التسلط على فسخ العقد نفسه، بحيث يرجع عين المال إلى مالكه، و هو أمر غير مطالبه المقرض بالقيمه أو المثل فتأمل جيدا.

فإن المسأله قد وقع فيها اشتباه عظيم و خلط و خبط نشأ من تخيل كون القرض من العقود الجائزه باعتبار أن المقرض له المطالبه متى شاء، و المقترض له الوفاء كذلك و أن الشرائط فى العقود الجائزه غير لازمه، لتسلط كل منهما على فسخ أصل العقد فلا يلزم الشرط فيه، و هذا كله و هم فى و هم. بل قد يومئ ما دل على بطلان ما جر نفعا من الشرائط فى عقد القرض إلى لزوم الشرائط فيه، و إلا كان الشرط فيه وعدا لا يجب الوفاء به، فلا يتحقق به الربا، لما عرفت فتأمل.

كما أن ذكرهم الصحه فى كثير من الشرائط التى لا تجر نفعا للمقرض ظاهر فى اللزوم، لا أن المراد منها عدم البطلان و إن كان لا يلزم المشروط عليه، إذ صحه كل شی ء بحسب حاله فصحه الشرط لزومه، بل قد يشكل صحه القرض مع اشتراط الأجل الذى قلنا بعدم لزومه إذا كان المقترض قد علق رضاه على تخيل لزوم الأجل و لو جهلا منه، ضروره كونه حينئذ كالشرائط الفاسده التى يبطل العقد معها، باعتبار تعلق الرضا عليها فى قول، و الله أعلم.

### [المسأله الثالثه من كان عليه دين و غاب صاحبه غيبه منقطعه يجب أن ينوى قضاءه ]

المسأله الثالثه: من كان عليه دين و غاب صاحبه غيبه منقطعه الخبر يجب على المديون البقاء على أن ينوى قضاءه إجماعا محكيا إن لم يكن محصلا، للأصل و للمنساق من

صحيح زراره(۱)«سألت أبا جعفر عليه السلام عن الرجل يكون عليه الدين لا يقدر على صاحبه، و لا على ولى له، و لا يدرى بأى أرض هو؟

قال: لا جناح عليه بعد أن يعلم الله منه أن نيته الأداء»

و للنصوص (۲)الداله على أن

---

۱- ۱ الوسائل الباب- ۲۲- من أبواب الدين- الحديث- ۱.

۲- ۲ الوسائل الباب ۵ من أبواب الدين الحديث- ۱.

«من استدان دينا فلم ينو قضاءه كان بمنزله السارق»

الشامله للغائب و غيره، و لحالى الابتداء و الاستدامه.

بل قد يتم الوجوب من الترغيب فى

الخبر (۱) على نيه القضاء قال فيه: «من كان عليه دين ينوى قضاءه كان معه من الله عز و جل حافظان يعينانه على الأداء، فإن قصرت نيته عن الأداء قصر عنه المعونه بقدر ما قصر من نيته»

و لا ينافى الوجوب ما فى

الخبر الآخر (۲) «أحب الرجل يكون عليه دين ينوى قضاءه»

، فإن محبته عليه السلام للرجل إذا كان ناويا قضاءه لا تقضى بجواز عدم النيه، بل قد يقال:- بناء على إشعاره ببغض غير الناوى أو بعدم محبته، بأنه دال على الوجوب.

هذا كله إن لم نقل بوجوب العزم بدلا عن التعجيل فى الواجب الموسع، لأنه من أحكام الإيمان، بمعنى توقف صدق التبعيه عرفا على العزم على امتثال أوامر المتبوع و نواهيه، و إلا كان ذلك كافيا فى الوجوب هنا.

نعم يستفاد من نصوص السرقه أن عدم نيه القضاء حال القرض مفسده لعقده، فيحرم على المقترض التصرف بالمال حينئذ، خصوصا

خبر أبى خديجه (۳) عن أبى عبد الله عليه السلام «أيما رجل أتى رجلا و استقرض منه مالا و فى نيته أن لا يؤديه فذلك اللص العادى»

لكن لم أجده محررا فى كلامهم، بل ربما كان فيه ما ينافيه، كعدم ذكرهم له فى الشرائط و جعلهم وجوب العزم هنا كالواجب الموسع و غير ذلك، و عليه فينبغى الاقتصار فيه على خصوص

القرض، أما الابتياع مع عدم نيه الوفاء فلا يقضى بفساد البيع.

و كيف كان ففى المتن و غيره أنه يجب أيضا أن يعزل ذلك عند وفاته بل قد تشعر عباره المختلف بعدم الخلاف فيه، كما اعترف به فى المسالك فقال: «و اما العزل عند الوفاه فظاهر كلامهم، خصوصا على ما يظهر من المختلف أنه لا خلاف فيه و إلا لأمكن تطرق القول بعدم الوجوب، لأصاله البراءه مع عدم النص» و ظاهره

---

۱- ۱ الوسائل الباب- ۵- من أبواب الدين الحديث ۱- ۲- ۳.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۲- من أبواب الدين الحديث- ۴.

۳- ۳ الوسائل الباب- ۵- من أبواب الدين الحديث ۵.

تحصیل الإجماع علیه. و فی جامع المقاصد ظاهرهم أن وجوب العزل عند الوفاه إجماعی و وجهه ظاهر، فإنه أبعد عن تصرف الورثه فیه و أنفی، للتعلیل فی أدائه.

قلت: و ربما یشعر به

خبر هشام بن سالم (۱)«قال سأل خطاب الأعور أبا إبراهیم علیه السلام و أنا جالس، فقال: إنه کان عند أبی أجیر یعمل عنده بالأجر، ففقدناه و بقی له من أجره شی ء و لا نعرف له وارثا؟ قال: فاطلبه قال: قد طلبناه و لم نجده، فقال مساکین و حرک یدیه، قال: فأعاد علیه قال: اطلب و اجهد فإن قدرت علیه و إلا فکسبیل مالک حتی یجی ء له طالب، فإن حدث بک حدث فأوص به إن جاء له طالب أن یدفع إلیه»

بناء علی أن المراد بقاء شی ء من أجره فی الذمه، ضروره اقتضاء الوصیه به حینئذ بل و

جعله کسبیل المال عزله، و کذا خبراه الآخران (۲)(۳)المرویان فی الفقیه و التهذیب.

لکن و مع ذلک کله فی الریاض بعد أن حکی عن المسالک و جامع المقاصد ما سمعت قال: و هو کما تری، مع أن فی السرائر ادعی إجماع المسلمین علی العدم و هو أقوی للأصل و إن کان الأول أحوط و أولی، و أحوط منه العزل مطلقا، فقد حکی فی المسالک قولا، و لکنه لا یلزم منه انتقال الضمان بالعزل، بل علیه الضمان مع التلف علی الإطلاق لعدم الدلیل علی الانتقال.

و فیه أولا أن الموجود فی السرائر نفی الخلاف بین المسلمین عن عدم العزل قبل الوفاه الذی یظهر من نهایه الشیخ، فإنه بعد أن حکی عن الشیخ فیها من وجب علیه دین و غاب عنه صاحبه غیبه لم یقدر علیه معها وجب أن ینوی قضاءه و یعزل ماله عن ملکه، قال: هذا غیر واجب، أعنی عزل المال بغیر خلاف بین المسلمین، فضلا عن طائفتنا، و من هنا نزل فی المختلف ما فی النهایه علی حال الوفاه.

و ثانیا أن المحکی فی المسالک القول بالعزل مع الیأس لا مطلقا و ثالثا أنک قد عرفت الدلیل علی العزل الظاهر فی تشخص کونه مالا للمدیون، و مقتضاه حینئذ عدم

---

۱- ۱ الوسائل الباب- ۶- من أبواب میراث الخنثی الحدیث ۱.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۶- من أبواب میراث الخنثی الحدیث ۱۰.

۳- ۳ الوسائل الباب- ۲۲- من أبواب الدین الحدیث ۳.

الضمان لو تلف بغير تفريط، اللهم إلا أن يدعى أنه و إن انعزل بالعزل إلا أنه مضمون

على المـديون حتى يصـل إلى المالك، لكنه كما ترى محتاج إلى الـدليل. نعم ينبغى الاقتصار فيما خالف الأصل من العزل على المتيقن من النص و الفتوى، و هو فى حال الوفاه و الله أعلم.

و كيف كان فقد أطلق المصـنف و غيره أنه يجب على المديون أن يوصـى به ليوصل إلى ربه أو إلى وارثه إن ثبت موته بل عن الصـيمرى نفى الخلاـف فيه، بـل فى النهايه أوصـى به إلى من يثق به، بل فى الروضه يجب الوصايه به إلى ثقه، لأنه تسـليط على مال الغير، و إن قلنا بجواز الوصايه إلى غيره فى الجمله لكن فى الدروس أبدل الوصيه بالإشهاد.

و النصوص التى قـد سـمعت بعضـها و تسـمع الأخر قـد تضـمنت الأول، اللهم إلا أن يحمل على المثال، إذ الظاهر أنه بعـد العزل يصـير كبـاقى الأمانـات، فالواجب إظهارها بحيث لا يخشـى عليها التلف، و لو بـدعوى الورثه الملكيه، تمسـكا بظاهر يـد الميت، خصوصا فى مثل القرض الذى لم يعلم غير المتوفى بحاله، فمع ترك الوصيه ربما ذهب المال، بل فى جمله من الأخبار الآتيه إن شاء الله فى باب الوصيه وجوب الوصيه بماله و ما عليه.

و كيف كـان ف لو لم يعرفه أى الوارث اجتهـد فى طلبه و مع اليـأس يتصـدق به عنه على قول للشـيخ فى النهايه و من تبعه، قال فيهـا: «و من وجب عليه دين و غـاب عنه صـاحبه غيبه لم يقـدر عليه معهـا وجب عليه أن ينوى قضاءه و يعزل ماله من ملكه، فإن حضـرته الوفاه أوصـى به إلى من يثق به، فإن مات من له الـدين سـلمه إلى ورثته، فإن لم يعرف له وارثا اجتهـد فى طلبه، فإن لم يظفر به تصدق به عنه، و ليس عليه شى ء».

و هو صريح فى كون الصدقه بعد موت المالك و عدم معرفه وارثه بعد الاجتهاد فى الطلب، و وجه الصدقه حينئذ واضح، لكونه مالا مجهول المالك و حكمه ذلك نصا و فتوى، و احتمال تعين كونه للإمام لأصاله عدم الوارث يدفعه، مع أنه لا يجرى

بالنسبه إلى بعض الورثه، و يمكن فرضه فيمن علم أن له وارثا إلا أنه لم يعرف أن الشرط فى كونه للإمام العلم بعدم الوارث غيره، لا عدم العلم، و من ذلك كله يظهر لك ما فى السرائر قال: «و من وجب عليه دين و غاب صاحبه غيبه لم يقدر عليه معها وجب عليه أن ينوى على حسب ما قدمنا، فإن حضرته الوفاه سلمه إلى من يثق بديانته، و جعله وصيه فى تسليمه إلى صاحبه، فان مات من له الدين سلمه إلى ورثته، فان لم يعلم وارثا اجتهد فى طلبه، فان لم يجد سلمه إلى الحاكم، فإن قطع أن لا وارث له كان لإمام المسلمين، و

قد روى «أنه إذا لم يظفر له بوارث تصدق به عنه، و ليس عليه شى ء»

أورد ذلك شيخنا أبو جعفر فى نهايته من طريق الخبر إيرادا لا اعتقادا، لأن الصدقه لا دليل عليها فى كتاب، و لا سنه مقطوع بها، و لا إجماع، بل الإجماع و الأصول مقرره لمذهبنا، تشهد بأن الإمام مستحق ميراث من لا وارث له.

إذ فيه أن الشيخ لا ينكر انتقاله إلى الإمام عليه السلام بعد العلم بعدم الوارث له، و إنما أمر بالصدقه مع الجهل، لأنه من مجهول المالك الذى من المعلوم حكمه ذلك، فضلا عما أرسله من الخبر، و إن كنا لم نجده فى خصوص المقام. نعم فى الفقيه بعد أن

روى فى صحيح معاويه(۱)عن أبى عبد الله- «فى رجل كان له على رجل حق ففقده، و لا يدرى أين يطلبه، و لا يدرى أ حى هو أم ميت، و لا يعرف له وارثا و لا نسبا و لا ولدا، قال: اطلب قال: إن ذلك قد طال، فأتصدق به؟ قال: اطلب»

- قال: و قد

روى فى هذا خبر آخر(۲)«إن لم تجد له وارثا و علم الله منك الجهد فتصدق به»

و ليس فيه العلم بموت ذى الحق، و ليس فى اشتراط عدم الوارث دلاله عليه، إذ يمكن اشتراط الصدقه بذلك، و إلا وجب إبقاؤه حتى يعلم موته، و لو بمضى مده لا يعيش فيها مثله، ثم يسلم إلى الوارث بعد ذلك، و أما

خبر هشام بن سالم (۳)«سأل حفص الأعور أبا عبد الله عليه السلام، و أنا عنده جالس، فقال له: «كان لأبى أجير كان يقوم

---

۱- ۱ الفقيه ج ۴ ص ۲۴۱ الحديث- ۷۶۹.

۲- ۲ الفقيه ج ۴ ص ۲۴۱ الحديث- ۷۷۰.

۳- ۳ الوسائل الباب- ۲۲ من أبواب الدين الحديث- ۳ و فيه اختلاف يسير.

فی رحاه و له عنده دراهم، و لیس له وارث، فقال أبو عبد الله علیه السلام: تدفع إلی المساکین ثم قال: رأیک فیها ثم أعاد المسأله فقال له: مثل ذلک فأعاد علیه المسأله فقال أبو- عبد الله علیه السلام تطلب له وارثا فإن وجدت له وارثا و إلا فهو کسبیل مالک، ثم قال:

ما عسی أن تصنع بها، ثم قال توصی بها فإن جاء طالبها و إلا فهی کسبیل مالک»

و

خبر نصر بن حبیب صاحب الخان (۱)«قال کتبت إلی العبد الصالح قد وقعت عندی مأتا درهم و أربعه دراهم، و أنا صاحب فندق فمات صاحبها و لم أعرف له ورثه فرأیک فی إعلامی حالها، و ما اصنع بها فقد ضقت بها ذرعا. فکتب اعمل فیها و أخرجها صدقه قلیلا قلیلا حتی یخرج»

فلیس فی أولهما تصریح بالموت، و لا فی ثانیهما الدین مع اشتماله علی العمل بها و الصدقه قلیلا قلیلا و لم أجد من أفتی بهما.

و علی کل حال فالمتجه بحسب الضوابط أنه إن لم یعلم موته وجب الإبقاء إلی المده التی یعیش فیها مثله، فتسلم حینئذ إلی الوارث إن علم و مع الیأس فالصدقه، و مثله ما لو علم موته و جهل وارثه، و یمکن جواز الإبقاء أمانه ل

خبر هشام بن سالم المروی فی الفقیه (۲)«سأل حفص الأعور أبا عبد الله علیه السلام و أنا حاضر فقال: کان لأبی أجیر و کان له عنده شی ء، فهلک الأجیر و لم یدع وارثا و لا قرابه و قد ضقت بذلک فکیف أصنع، فقال: رأیک المساکین رأیک المساکین، فقلت: جعلت فداک! أنی ضقت بذلک فکیف أصنع فقال: هو کسبیل مالک فإن جاء طالب أعطیته».

و لعل ذلک فی خصوص هذا القسم من مجهول المالک باعتبار عدم الجهل به من کل وجه، لکون الفرض أن صاحب الدین معروف، و إن کان قد مات، أو یقال بجواز ذلک فی جمیع أفراد المجهول، و اما التسلیم إلی الحاکم فلا ینبغی التأمل فی جوازه بعد الیأس، و أما وجوبه فمحل منع للأصل و ظاهر النصوص هذا.

و لکن الذی یظهر من بعض الأصحاب أنه یکفی فی الصدقه به الیأس من صاحب الدین، و هو مع وجوب تقییده بعدم معرفه الوارث، و إن کان لا یسلمه إلیه

---

۱- ۱ الوسائل الباب- ۶- من أبواب میراث الخنثی الحدیث ۳.

۲- ۲ الفقیه ج ۴ ص ۲۴۱ الحدیث ۷۶۷.

إلاـ بعـد معرفه موت مـالكه- لا يخلو من بحث، لأصاله البقاء، اللهم إلا أن يقال إن بقاءه مع الياس من رجوعه غير مجـد، بل هو كمجهول المالك المأيوس من معرفته، لاشتراكهما معا فى عدم التمكن من الوصول إلى المالك، و الصدقه مع الضـمان إحسان محض، بل فيها إخراج المال عن التعطيل، بل ربما كان المديون محتاجا إلى فراغ ذمته، و لا سبيل غير

الصدقه، و لعل الأولى من ذلك تسليمه إلى الحاكم، لأنه ولى الغالب، بل الأولى مراعاه ذلك فى تشخيصه من الذمه.

و قـد ظهر بذلك كله الخلل فى جمله من عبارات الأصـحاب فى النقل و غيره، ففى النافع «و لو غاب صاحب الدين غيبه منقطعه نوى المسـتدين قضاءه و عزله عند وفاته موصـيا به، و لو لم يعرفه اجتهد فى طلبه، و مع اليأس قيل يتصدق به عنه» و فى اللمعه «و يجب نيه القضاء و عزله عنـد وفاته و الإيصاء به لو كان صاحبه غالبا و لو يئس منه تصـدق به عنه» و فى الرياض نسبه هذا القول إلى الشيخ و القاضى و جماعه و قد سمعت عباره النهايه.

و فى القواعد «و لو غاب المدين وجب على المديون نيه القضاء و العزل عند وفاته و الوصـيه به ليوصل إلى مالكه أو وارثه، و لو جهله اجتهـد فى طلبه فـإن أيس منه قيـل يتصـدق به عنه و فى اللمعه و يجب نيه القضـاء و عزله عنـد وفـاته و الإيصاء به لو كان صاحبه غائبا و لو يئس منه قيل يتصدق به عنه» و فى الدروس «و لو غاب المدين وجب نيه القضاء و العزل عند أماره الموت.

و أطلق الشـيخ وجوب العزل، و ابن إدريس عـدم وجوبه و الأشـهاد و لو يئس منه تصـدق به عنه و قال ابن إدريس: «يـدفعه إلى الحـاكم، و إن قطع على موته و انتفـاء الوارث كـان للإمـام، و الحكم الثانى لا شك فيه، أما الأول فالحق التخيير بينه و بين إبقائه فى يده، و الصدقه مع الضمان، إلى غير ذلك من كلماتهم التى يعرف ما فيها من التأمل فيما ذكرنا.

و أحسـنها ما فى التنقيـح، فإنه بعـد أن حكى ما فى السـرائر من كونه للإمام قال: و هو الحق، لكن على تقدير العلم بموته و عدم وارثه أما إذا انتفى العلم بذلك

فحفظه أولى، حتى يظهر خبره أو خبر وارثه و أما النصوص فقد عرفت تشويشها خصوصا متن خبر هشام بن سالم (۱)منها، و أجودها صحيح معاويه(۲)الذى أمر فيه بالطلب، بعد طلب السائل الصدقه لطول الطلب فتأمل جيدا و الله أعلم بحقيقه الحال.

### [المسئله الرابعه الدين لا يتعين ملكا لصاحبه إلا بقبضه ]

المسئله الرابعه الأصل فى الدين أن لا يتعين ملكا لصاحبه إلا بقبضه أو قبض من يقوم مقامه شرعا، بعد دفع المديون، أو من يقوم مقامه، بل الظاهر اعتبار نيه كونه عن الدين فى الدفع، فلا يجزى الدفع المطلق فضلا عن المقصود به غير الدين، بل قد يقال: باعتبارها فى القبض أيضا فى أحد الوجهين، كل ذلك لأصلى عدم حصوله بدون ذلك، و عدم توقفه على غيره بعد الإجماع و السيره القطعيه، و ما يستفاد من تدبر النصوص مضافا إلى صدق تشخص الحق بذلك عرفا، و إن كان هو مشتركا بين المديون و الديان، و لذا اعتبر الدفع و القبض منهما، و لتفصيل هذه الجمله محل آخر.

و إنما المراد هنا أنه لو جعل مضاربه قبل قبضه لم يصح بلا خلاف أجده فيه، بل فى ظاهر المختلف و صريح السرائر و عن ظاهر التذكره الإجماع عليه، لا لعدم ملكه و الا لم يجز بيعه مثلا بل لعدم تعيينه المعتبر فيها، كما تعرفه إن شاء الله فى بابها، و ل

ما رواه الباقر عليه السلام (۳)«عن أمير المؤمنين عليه السلام فى الرجل يكون له مال على رجل يتقاضاه، فلا يكون عنده ما يقضيه، فيقول له هو عندك مضاربه فقال: لا يصلح حتى يقبضه منه»

المنجبر سندا و دلاله بما عرفت، المتمم بالنسبه للمضاربه به إلى غير المديون بالاتفاق على عدم الفرق بينهما فى البطلان.

نعم قد يفرق بينهما بكون الربح جميعه للمديون إن ميزه و اتجر به، لأن المال لم يتعين للمالك بتعيينه، إذ لم يجعله وكيلا فى التعيين، و إنما جعله مضاربه

---

۱- ۱ الوسائل الباب ۲۲- من أبواب الدين الحديث- ۳.

۲- ۲ الوسائل الباب ۲۲- من أبواب الدين الحديث- ۲.

۳- ۳ الوسائل الباب- ۵- من أبواب أحكام المضاربه الحديث ۱ لكن عن أبى عبد الله عن أمير المؤمنين عليهما السلام.

فاسده، بخلاف ما لو كانت المضاربه به لغيره، فإن الربح جميعه للمالك، إذا أجاز لأنه و

كيل عنه فى قبض الدين، فيتعين بتعيين المديون، و قبض الوكيل.

و لا يرد أن فساد المضاربه يستلزم فساد القبض، لأنه تابع لها لمنع الملازمه، فإن فساد المضاربه إنما يقتضى فساد لوازمها، و قبض المال من المديون أمر آخر وراء المضاربه و أحكامها، فيكون بمنزله الوكيل بالنسبه إلى قبض المال، و المضاربه بالنسبه إلى العمل، فيبطل متعلق المضاربه خاصه، كما لو جمع فى عقد واحد بين شيئين و يفسد أحدهما، فإنه لا يقتضى فساد الآخر، فيكون للعامل أجره المثل، كما هو مقتضى المضاربه الفاسده مع جهله، و الربح للمالك مع إجازته الشراء بالعين، و لو كان الشراء فى الذمه فالربح للعامل، إن نوى الشراء لنفسه، و إلا فلا، كما صرح بذلك كله فى جامع المقاصد.

نعم ظاهره أن العامل يستحق الأجره إذا حصل الربح للمالك، و إلا فلا، و لعله لعدم ضمان عمله على تقدير صحه المضاربه، و مالا يضمن بصحيحه لا يضمن بفاسده، لكنه لا يخلو من إشكال، و يأتى تحقيقه إن شاء الله فى باب المضاربه، كما أن ظاهر إراده الشهيد فى الدروس من إطلاق كون الربح للعامل مع الشراء فى الذمه، ما إذا نوى الشراء لنفسه لا المالك، و إلا كان فضوليا فى الواقع، و إن لزم بالثمن ظاهرا إذا لم يصرح بالغير، ضروره كون الفرق بين العين و الذمه ذلك، فالشراء بالأولى يقع لمالكها على الأصح و إن نوى به غيره، بخلاف الذمه كما هو محرر فى محله.

فلا بد من تنزيل إطلاق الدروس على ذلك، قال فيها: و لا تصح المضاربه بالدين لا للمديون و لا لغيره لعدم تعينه، فلو ضارب و ربح فالربح لصاحب المال، اما المديون إن كان هو العامل، أو المديون إن كان غير العامل، إلا أن يشترى فى الذمه فيكون الربح له و عليه الإثم و الضمان.

و كيف كان فالفرق بينهما بما عرفت، لم أجد فيه خلافا بين من تعرض له من الفاضل و غيره، فى القواعد «لا تصح المضاربه بالدين قبل قبضه، فإن فعل فالربح بأجمعه للمديون إن كان هو العامل، و إلا فللمالك و عليه الأجره و إن كان محتاجا إلى التقييد

بالنسبه إلى بعض ما عرفت.

نعم توقف فيه في المسالك فقال: «إن المضاربه الفاسده إن اقتضت وكاله في القبض خارجه عن حقيقتها فليكن في المديون كذلك، فإن الصيغه إنما اقتضت المعامله على الدين الذي في الذمه، و كما لا يمكن للأجنبي العمل به ما دام في الذمه، لأنه حينئذ أمر كلي لا وجود له في الخارج، فاقتضى ذلك الإذن له في قبضه الذي زعموا كونه وكاله كذلك، نقول في المديون فإنه لا يمكنه العمل بنفس دين المالك الذي في ذمته، بل لا بد من إفرازه و الشراء به، كما سيأتي من أن العامل لا يصح له أن يشتري له إلا بالعين، و حينئذ فالمضاربه الفاسده إن كانت مجامعه للوكاله في تعيين المال، فهي واقعه في الموضعين، و إلا فلا.

و قد يدفع بظهور الفرق بينهما عرفا في استفاده الإذن من المالك في التمييز إذا كان المضارب غير المديون، لأن المتعارف فيه العمل بعين المضارب فيه، أما إذا كان المديون فلا ظهور فيه بالإذن في التمييز، لكونه في الحقيقه مقبوضا له، فربما يعامل به و هو في ذمته، بل لعل ذلك هو المتعارف فلا يستفاد منه الإذن في التمييز.

نعم قد يتوقف في ذلك من جهه أخرى و هي منع كون ذلك خارجا عن مقتضيات المضاربه، بل هو بعض لوازمها و توابعها، فينبغي أن يتبعها في الفساد، إذ الظاهر تقييد الأذن بالقبض، بصحه المضاربه لا مطلقا، فمع فرض فسادها سيما إذا كان العامل عالما بذلك لا اذن، اللهم إلا أن يدعى أن ذلك من الدواعي لا الشرائط، لأن الاذن في القبض خارج عن حقيقه المضاربه، إذ يمكن قبض المالك أو غيره ثم يسلم العامل فالإذن على تقدير استفادتها من عباره المضاربه غير مقيده بصحتها فتأمل جيدا و الله أعلم.

### [المسأله الخامسه الذمي إذا باع مالا يصح للمسلم تملكه كالخمر و الخنزير]

المسأله الخامسه لا- خلاف في أن الذمي إذا باع من مثله مالا يصح للمسلم تملكه كالخمر و الخنزير مع مراعاه شرائط الذمه كالتستر و نحوه جاز دفع الثمن لهذه المحرمات إلى المسلم عوضا عن حق له في ذمه الذمي بلا- خلاف أجده، بل الإجماع بقسميه عليه لإقرار شريعتنا له خاصه على ما عنده.

و من هنا لو كان البائع لها مسلما أو حربيا أو ذميا متظاهرا لم

یجز قبض أثمانها لفساد البیع، فیبقی المال علی ملک صاحبه، فلا یجوز تناوله عن الحق و غیره بلا خلاف معتد به أجده فی شی ء من ذلک، بل و لا إشکال فیه بعد معلومیه ذلک من الشریعه، مضافا إلی ۲۲۴۰۹

الصحیحین (۱)عن أبی جعفر و أبی عبد الله علیهما السلام «فی رجل کان له علی رجل دراهم فباع خمرا أو خنازیر و هو ینظر إلیهم فقضاه؟ فقال: لا بأس به أما للمقتضی فحلال و أما للبائع فحرام».

و

صحیح زراره(۲)عن أبی عبد الله علیه السلام «فی الرجل یکون لی علیه الدراهم فیبیع بها خمرا أو خنزیرا ثم یقضینی منها فقال: لا بأس، أو قال: خذها»

و

خبر الخثعمی (۳)«سألت أبا عبد الله علیه السلام عن الرجل یکون لنا علیه الدین، فیبیع الخمر و الخنازیر فیقضیانه؟ فقال: لا بأس به لیس علیک من ذلک شی ء»

و

خبر أبی بصیر(۴)عن أبی عبد الله علیه السلام «عن الرجل یکون له علی الرجل مال فیبیع بین

یدیه خمرا أو خنازیر یأخذ ثمنه، قال: لا بأس».

و من المعلوم إراده الذمی من إطلاق هذه الأخبار، لمعلومیه البطلان بالنسبه إلی غیره، و أن أثمانها سحت (۵)و لأنه المتبادر المعهود بیع ذلک فی بلاد الإسلام، و لذا صرح به فی السؤال

منصور بن حازم (۶)«فقال: قلت لأبی عبد الله علیه السلام لی علی رجل ذمی دراهم فیبیع الخمر و الخنزیر و أنا حاضر فیحل لی أخذها؟ فقال: إنما لک علیه دراهم فقضاک دراهمک»

و من التعلیل یظهر عدم إراده الفرض من إطلاق

ما دل علی المنع (۷)«من أکل ثمن الخمر و لعنه و حرمته».

و من الغریب ما عن صاحب الکفایه من أن التقیید بما إذا لم یکن البائع مسلما مناف لإطلاق أخبار کثیره، فالحکم به مشکل، إلا أن یکون المقصود المنع بالنسبه إلی البائع، و أیده فی الحدائق ب

قوله علیه السلام «أما للمقتضی فحلال. و أما للبائع فحرام».

١- ١ الوسائل الباب- ٦٠- من أبواب ما يكتسب به الحديث ٢.

٢- ٢ الوسائل الباب- ٦٠- من أبواب ما يكتسب به الحديث ٣.

٣- ٣ الوسائل الباب- ٦٠- من أبواب ما يكتسب به الحديث ۴.

۴- ۴ الوسائل الباب- ٦٠- من أبواب ما يكتسب به الحديث ۵.

۵- ۵ الوسائل الباب- ٦٠- من أبواب ما يكتسب به الحديث ١.

۶- ۶ الوسائل الباب- ۵۵- من أبواب ما يكتسب به.

٧- ٧ الوسائل الباب- ۵۵- من أبواب ما يكتسب به ح- ۶- ۵- ١- ٢.

و فيه أن المراد من البائع الذمى الذى أقره الشارع على ما عنده بالنسبه إلى الأحكام

الظاهريه و إن كان معاقبا باعتبار تكليفه بالفروع، و ب

صحيح محمد بن مسلم (۱)عن أبى جعفر عليه السلام «فى رجل ترك غلاما له فى كرم له يبيعه عنبا أو عصيرا، فانطلق الغلام فعصر خمرا ثم باعه قال: لا يصلح ثمنه، ثم قال: إن رجلا من ثقيف أهدى إلى رسول الله صلى الله عليه و آله راويتين من خمر بعد ما حرمت، فأمر بها رسول الله صلى الله عليه و آله فأهريقتا، و قال: إن الذى حرم شربها حرم ثمنها، ثم قال أبو عبد الله عليه السلام: إن أفضل خصال هذه التى باعها الغلام أن يتصدق بثمنها»

و مثله فى الصدقه خبر أبى أيوب (۲).

و فيه أن المتجه حمل الخبرين على عدم معرفه المشترى فيكون الثمن مجهول المالك، فيتصدق به، لا أن الثمن ملك للبائع لأنه قد أعطاه المشترى إياه باختياره، و إن فعلا حراما، كما عن بعض المحدثين الذين لا يبالون بما وقع منهم، و إلا فلا ينبغى التأمل فى ذلك بعد استقامه الطريقه خصوصا بعد

مرسله ابن أبى نجران (۳)الصحيحه إليه عن الرضا عليه السلام «عن نصرانى أسلم و عنده خمر و خنازير و عليه دين هل يبيع خمره و خنازيره و يقضى دينه؟ قال: لا»

الدال على حكم المسلم الأصلى بطريق أولى، و منه يعلم الحال فيما لو أسلم الذمى قبل بيعه ما لا يملكه حال إسلامه، فإنه يخرج بذلك عن ملكه، كما صرح به المشهور.

خلافا للمحكى عن النهايه فقال يتولى بيعها له غيره،

للخبر(۴)«و ان أسلم رجل و له خمر و خنازير ثم مات و هى فى ملكه و عليه دين؟ قال: يبيع ديانه أو ولى له غير مسلم خنازيره فيقضى دينه، و ليس له أن يبيعه و هو حى و لا يمسكه»

و هو- مع كونه مقطوعا و فى سنده جهاله يمكن حمله على أن له ورثه كفارا يبيعون ذلك و يقضون ديونه، فلا يخرج به عما دل على أن المسلم لا يملك ذلك، و لا يجوز بيعه مباشره و لا تسبيبا كما هو واضح.

---

۱- ۱ الوسائل الباب ۵۵ من أبواب ما يكتسب به الحديث ۱.

۲- ۲ الوسائل الباب ۵۵ من أبواب ما يكتسب به الحديث ۲.

۳- ۳ الوسائل الباب- ۵۷ من أبواب ما يكتسب به الحديث- ۱.

۴- ۴ الوسائل الباب- ۵۷- من أبواب ما يكتسب به الحديث- ۲.

و كذا لا ينبغى التوقف أيضا فى التقييد بالاستتار الذى هو شرط الإقرار، و لا ينافيه ما فى هذه النصوص من اطلاع المسلم عليه إذ يمكن فرضه على وجه لا ينافى الشرط المذكور، فتوقف المحدث البحرانى فيه بل قال: الأقرب عدم اشتراطه فى غير محله، كما عرفته فى شرائط الذمه، و إطلاق الشيخ حل تناول ثمن الخمر مثلا من الذمى محمول على ذلك، كما اعترف به فى الدروس.

على أنه قد يقال: ان إطلاق الأدله أو عمومها قاض بحرمه تناول أثمان هذه المحرمات، و عدم ملكها مطلقا، فينبغى الاقتصار فى الخروج عنها على المتيقن، و هو الأخذ من الذمى المستتر دون المتجاهر، و منه يعلم الوجه فى

عدم إلحاق الحربى به خصوصا بعد عدم عموم فى النصوص السابقه يشمله، بل قد يدعى انسياق خلافه منها باعتبار عدم معهوديه بيعه فى بلاد الإسلام فتأمل جيدا.

بل قد يقال انه ينبغى الاقتصار فى الذمى أيضا على ما إذا باع من مثله، أما إذا باع الخمر من مسلم أو حربى فيحرم تناول الثمن منه و من هنا قيده بذلك فى التذكره و لعله مراد من أطلق كالمصنف و غيره، للأصل المتقدم، اللهم إلا أن يقال: إن إقراره على مذهبه يقتضى جواز تناوله منه أيضا بعد أن كان مذهبه الجواز، و الحرمه على المسلم و الحربى، بل الفساد بالنسبه إليهما لا ينافى ذلك، إذ هو حكم آخر ضروره تحقق الفساد واقعا، حتى فى بيعه من مثله، لإطلاق

ما دل على «أن ثمن الخمر سحت»

الشامل للجميع.

و جواز التناول منه لا ينافى كونه كذلك بالنسبه إليه، كما أومأ إليه الخبر السابق ب

قوله عليه السلام (۱)«انه للمقتضى حلال و عليه حرام»

و هو جيد جدا، بل له مؤيدات كثيره تظهر بأدنى تأمل، و ان كان انطباق كلمات الأصحاب عليه لا يخلو من اشكال فتأمل جيدا فإن من ذلك يعلم الحكم فى الجمله فيما لو اقترض ذمى من ذمى خمرا و أسلم أحدهما، فإن الظاهر سقوط القرض كما جزم به الفاضل و المحقق

الثانى، لكن فى الدروس الأقرب لزوم القيمه بإسلام الغريم.

---

۱- ۱ الوسائل الباب- ۶۰- من أبواب ما يكتسب به الحديث- ۲.

و فيه أنه مناف للأصل و غيره مما عرفت، و ان كان قد يشهد له ما احتملوه فيما لو أسلم ذمى إلى ذمى فى خمر فأسلم أحدهما قبل القبض من لزوم القيمه عند مستحليه، إلا أنه غير مختص بإسلام الغريم، مع أن الذى اختاره الفاضل و المحقق الثانى هو بطلان السلم، و أن للمشترى أخذ دراهمه، و احتملا أيضا السقوط لا الى بدل و لا ريب فى أن الأقوى البطلان، و ان للمشترى أخذ دراهمه أما الأول فلعدم ملك المسلم الخمر و عدم مملوكيته عليه، و أما الثانى فواضح.

و فى القواعد فى باب الكفاله «إذا كان لذمى خمر على ذمى، و كفله آخر مثله، و أسلم أحد الغريمين برأ الكفيل و المكفول له على إشكال فيهما لكن فى جامع المقاصد «إن أسلم صاحب الحق بطلت الكفاله و حصلت البراءه، و إن أسلم من عليه الحق بقيت الكفاله، و لعله يخالف ما سمعته منه سابقا، و الأقوى البراءه لما عرفت، هذا كله إذا اقترض خمرا، أما إذا اقترض خنزيرا فالقيمه لازمه مطلقا، إلا إذا قلنا بأنه يضمن بمثله، فيأتى فيه حينئذ ما تقدم فى الخمر و الله أعلم.

### [المسئله السادسه إذا كان لاثنين مال فى ذمم ثم تقاسما بما فى الذمم فكل ما يحصل لهما معا]

المسئله السادسه: إذا كان لاثنين فصاعدا مال فى ذمه أو ذمم ثم تقاسما بما فى الذمه أو الذمم بأن تراضيا على أن ما فى ذمه زيد لأحدهما، و ما فى ذمه عمرو لآخر لم يصح عند المشهور نقلا و تحصيلا، بل عن الشيخ و ابن حمزه الإجماع عليه، و حينئذ فكل ما يحصل من أحدهما لهما معا و ما يتوى بالتاء المثناه من فوق منهما للأصل السالم عن معارضه إطلاق القسمه بعد انصرافه إلى غيره، و لو للشهره و الإجماع السابق، مضافا إلى

صحيح سليمان بن خالد[(۱)](#)«سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجلين كان لهما مال بأيديهما، و منه متفرق عنهما، فاقتسما بالسويه ما كان بأيديهما و ما كان غائبا عنهما، فهلك نصيب أحدهما مما كان غائبا، و استوفى الآخر، عليه أن يرد على صاحبه؟ قال: نعم ما يذهب بماله».

و

موثق ابن سنان [(۲)](#)«سألت أبا عبد الله عليه السلام أيضا عن رجلين بينهما مال

---

۱- ۱ الوسائل الباب ۲۹- من أبواب الدين الحديث- ۱.

۲- ۲ الوسائل الباب ۶ من أبواب أحكام الشركه الحديث ۲.

منه دین، و منه عین، فاقتسما العین و الدین، فتوی الذی کان لأحدهما من الدین أو بعضه، و خرج الذی للآخر، یرد علی صاحبه؟ قال: نعم ما یذهب بماله»

و

مرسل أبی حمزه(۱)قال: «سئل أبو جعفر علیه السلام عن رجلین بینهما مال، منه بأیدیهما و منه غائب، فاقتسما الذی بأیدیهما و أحال کل واحد منهما بنصیبه من الغائب، فاقتضی أحدهما، و لم یقتض الأخر، قال: ما اقتضی أحدهما فهو بینهما ما یذهب بماله»

و مثله الموثق عن محمد بن مسلم (۲)بل و

خبر غیاث (۳)عن جعفر عن أبیه عن علی علیهما السلام مع زیاده و «ما یذهب بینهما»

فی الأخیر.

فمن الغریب ما عن الأردبیلی من اقتصاره علی خبر غیاث دلیلا للمشهور، ثم قال: و الشهره لیست بحجه، و ابن إدریس مخالف، و نقل عنه أن لکل واحد ما اقتضی کما هو مقتضی القسمه، و المستند غیر معتبر لوجود غیاث، کأنه ابن إبراهیم العنبری، و أدله لزوم الشرط تقتضیه، و کذا التسلط علی مال نفسه، و جواز الأکل مع التراضی و التعیین التام لیس بمعتبر فی القسمه، بل یکفی فی الجمله کما فی المعاوضات، فإنه یجوز البیع و نحوه، و لأن الدین المشترک بمنزله دینین لشخصین و للمالک أن یخص أحدهما دون الأخر، فلو کان بتخصیص کل واحد قبل القسمه لأمکن ذلک أیضا فإن الثابت فی الذمه أمر کلی قابل للقسمه، و إنما یتعین بتعیین المالک، فله أن یعین، و لکن الظاهر أنه لا قائل به قبل القسمه».

قلت: قد یظهر من ابن إدریس ذلک، فإنه بعد أن حکی عن خلاف الشیخ و نهایته أنه إذا کان بین اثنین شی ء فباعاه بثمن معلوم کان لکل واحد منهما أن یطالب المشتری بحقه فإذا سلمه حقه شارکه فیه صاحبه علی ما قدمناه، لأن المال الذی فی ذمه المشتری غیر ممیز، فکل ما یحصل من جهته فهو شرکه بینهما.

قال: «الذی یقتضیه أصول مذهبنا أن لکل واحد من الشریکین علی المدیون قدرا مخصوصا، و حقا غیر حق شریکه، و له هبه الغریم و إبراؤه منه فمتی أبرأه أحدهما

---

۱- ۱ الوسائل الباب ۶ من أبواب أحکام الشرکه.

۲- ۲ الوسائل الباب ۶ من أبواب أحکام الشرکه.

۳- ۳ الوسائل الباب ۶ من أبواب أحکام الشرکه.

من حقه برء منه فقط، و بقی حق الأخر لم یبرء منه بلا خلاف، و إذا استوفاه و تقاضاه منه لم یشارک شریکه الذی وهب أو أبرأ أو صالح منه علی شی ء بلا خلاف، فلو کان شریکه بعد فی المال الذی فی ذمه الغریم، لکان فی هذه الصور کلها یشارک من لم یهب و لم یبرأ فیما یستوفیه منه و یقبضه، ثم عین المال الذی کان شرکه بینهما ذهبت و لم یستحقا فی ذمه الغریم الذی هو المدین عینا لهما معینه، بل دینا فی ذمته، لکل واحد منهما مطالبته بنصیبه، و إبراؤه منه و هبته، و إذا أخذه منه و تقاضاه، فما أخذ عینا من أعیان الشرکه حتی یقاسمه شریکه فیهما.

و لم یذهب إلی ذلک سوی شیخنا أبی جعفر الطوسی فی نهایته، و و من قلده و تابعه بل شیخنا المفید محمد بن محمد بن النعمان لم یذکر ذلک فی کتاب له، و لا تصنیف، و کذلک السید المرتضی و لا تعرضا للمسأله، و لا وضعها أحد من القمیین، و انما ذکر ذلک شیخنا فی نهایته من طریق أخبار الآحاد، ورد بذلک ثلاثه أخبار أحدها مرسل، و عند من یعمل بأخبار الآحاد لا یعمل علیه.

و لو سلم الخبران تسلیم جدل لکان لهما وجه صحیح مستمر علی أصول المذهب و الاعتبار، و هو أن المال الذی هو الدین کان علی رجلین، فأخذ أحد الشریکین و تقاضی جمیع ما علی أحد الغریمین، فالواجب علیه هیهنا أن یقاسم شریکه علی نصف ما أخذه منه، لأنه أخذ ما یستحقه علیه و ما یستحقه شریکه أیضا علیه، لأن جمیع ما علی أحد المدینین لا یستحقه أحد الشریکین بانفراده دون شریکه الآخر، فهذا وجه صحیح، فیحمل الخبران علی ذلک إذا أحسنا الظن براویهما. فلیتأمل ذلک و ینظر بعین الفکر الصافی ففیه غموض».

و هو کما تری صریح فی استقلال الشریک بأخذ حقه من غیر حاجه إلی إذن الشریک الآخر، و أنه لا یشارکه فیما أخذه، لأن کلا منهما دیان مستقل، کما إذا باعا صفقتین، بل قد یقال: لا دلاله فی کلامه علی صحه قسمه الدین و لزومها، بحیث لو قبض أحد الشریکین جمیع ما علی المدیون اختص به للقسمه، بل لعل کلامه الأخیر الذی حمل علیه الخبرین صریح فی خلافه، و من هنا لم یشر المصنف و غیره إلی خلافه

فی المقام، و إنما ذکروا کلامه فی باب الشرکه.

نعم قد وقع ذلک من بعض متأخری المتأخرین کالأردبیلی و المحدث البحرانی و فاضل الریاض، و إن کان التحقیق خلافه أیضا فی ذلک المقام، لما سمعته من النصوص التی لم تفرق فی اشتراک الغریمین بما قبضه أحدهما بین کونه زائدا علی حقه، و مساویا بترک الاستفصال فیها، و لفظ ما الواقع فی جوابها.

بل فی المختلف «أن الاعتبار یقضی بذلک، لأنه بعد أن حکی القولین قال:

و قول الشیخ لیس بعیدا من الصواب، و قیاس ابن إدریس القبض علی الهبه و الإبراء غلط، لأن ذلک إسقاط للحق بالکلیه، فینتفی حق الشریک ضروره، أما فی صوره القبض فلیس کذلک، إذ المال مشترک، فإذا دفع إلی أحدهما فإنما دفع عما فی ذمته، و الدفع إنما هو للمال المشترک، فلا یختص به القابض، قلت: بل قد یقال إن المتجه بعد أن وقع البیع صفقه، اشتراک الثمن المعین بینهما علی حسب اشتراک العین الخارجیه و کلیته لا ینافی ذلک، فکل منهما له نصف منه، لا یمکن إفرازه بالقسمه و هو فی الذمه، بل لا یتعین الثمن ملکا لهما إلا بقبضهما معا، فهما معا حینئذ بمنزله الدیان الواحد، فقبض کل منهما نصف قبض، لا أنه قبض للنصف، لعدم إمکان تعیین النصف من الدافع و المدفوع إلیه إذا کان أحدهما.

فالأصل حینئذ یقتضی بقاء المدفوع علی ملک الدافع حتی یقبضه الآخر، أو یجیز قبض الأول فیکون حینئذ مشترکا بینهما لا أنه بقبض أحدهما یملک نصفه، و یبقی النصف الآخر موقوفا علی إجازه الشریک، فله اختیاره فیکون شریکا مع شریکه، و له مطالبه المدیون بنصفه، ضروره کون ذلک مناف لکون الثمن مشترکا، و کیف یتعین للقابض نصف مع عدم تعین کون المدفوع ثمنا لعدم القبض منهما، إلا أن النصوص السابقه صریحه أو کالصریحه فی ملک القابض نصفه، و أنه یشارکه الآخر، و لعل حکم المشهور بذلک من جهتها، لا للقاعده، و هی و إن کان موردها القسمه و کلام الأصحاب أعم، لکن لما کانت القسمه باطله فهی کعدمها، فیبقی حینئذ قبض أحد الشریکین من غیر إذن صاحبه، و قد حکم فیها بالشرکه فیما اقتضاه أحدهما.

نعم قد يشكل ذلک بأن الموجود فيها الحكم بالاشتراک، لا أنه موقوف، و ليس حينئذ إلا للاذن الحاصل من القسمه التی بطلانها لا ينافی وجود الإذن بالقبض، فيكون الحكم بكونه ملكا بينهما متجها، بل قد يقال: إن هذه القسمه غير باطله، و إنما هی غير لازمه فالإذن الحاصل منها غير باطل.

و من هنا حملوا

خبر علی بن جعفر عليه السلام (۱)عن أخيه عليه السلام المروی عن قرب الإسناد «سألته عن رجلين اشتركا فی سلم أ يصلح لهما أن يقتسما قبل أن يقبضا؟

قال: لا بأس»

علی إراده بيان الجواز، بل قد يقال: إن الإذن بالقبض الحاصل من القسمه ليس من

لوازمها و توابعها حتی يبطل ببطلانها، بل هو كالإذن الحاصل بالمضاربه بالدين كما عرفته سابقا أو يقال: إن ما فی النصوص مبنی علی الغالب من حصول رضا الشريک بقبض شريكه، بعد فرض هلاک الباقی و عدم إمكان تحصيله من المديون أو يقال غير ذلک.

لكن علی بعض هذه الوجوه فی النصوص، يشكل حينئذ الدليل علی ما عند الأصحاب من أن أحد الشريكين إذا قبض مقدار حقه مضی فی النصف مثلا و يبقی الباقی موقوفا علی رضی الشريک، فإن أجازه كان له، و إلا كان الجميع من حق القابض، إذ المتجه بعد فرض عدم النصوص ما عرفت من توقف دخوله فی ملكهما علی رضاهما معا، و إلا بقی علی ملک الدافع، و ان كان هو مضمونا علی القابض مع فرض جهل الدافع، باعتبار كون يده يد ضمان، و لا ينافی إجازه الشريک نيه الدافع و القابض أنه لخصوص المدفوع إليه بعد أن كانت لغوا، فيكفی حينئذ فی صحه الإجازه نيه الدفع عن الدين و القبض كذلک.

و بالجمله افراز حصه الشريک من العين المشتركه بالقبض لا يكون إلا بالقسمه من الشريكين و الرضا منهما، و من هنا ينقدح الإشكال فی صحه ضمان حصه أحدهما دون الآخر ضروره اقتضائه افرازها عن حصه الآخر، و لذا قال فی جامع المقاصد مؤيدا لكلام ابن إدريس: «إن صحه الضمان من الدلائل علی التمكن من أخذ الحصه

---

۱- ۱ الوسائل الباب ۲۹- من أبواب الدين الحديث- ۲.

منفرده عن الأخرى، و كذا جواز تأجيل أحدهما حصته بعقد لازم، بل أطال رحمه الله فى تأييده حتى مال إليه، كما أن الفاضل فى المختلف فى آخر كلامه قد اعترف بقوته عكس ثانى الشهيدين فى المسالك، فإنه لم يأل جهدا فى تصحيح كلام المشهور و تقريبه للضوابط، إلا أنه لم يأت بشى ء بعد التأمل.

فالتحقيق مع قطع النظر عن النصوص عدم تعين ما قبضه أحدهما لأحدهما بل هو على ملك الدافع لأن المشترك بينهما كلى لا يتعين إلا بقبضهما معا ضروره تلازم ملك كل منهما بالقبض على ملك الأخر، فليس لكل منهما نصف مستقل عن الأخر و إلا لاتجه كلام ابن إدريس.

نعم لو تشاحا فى توكيل أحدهما عن الأخر فى القبض، و لا أمكن قبضهما معا أقام الحاكم مقامهما شخصا آخر، أو كفى التخليه لهما أو غير ذلك، و لتحقيق المسئله مقام آخر، و إنما هذا كلام جاء فى البين منشؤه نسبه جواز قسمه الدين إلى ابن إدريس و قد عرفت فساده، و أن بحثه فى مقام آخر مذكور فى باب الشركه، بل المشهور الذين ذهبوا إلى تعيين حصه القابض بما قبضه إن لم يشاركه الأخر، و إلا فبنسبه شركته أقرب منه إلى القول بقسمه الدين فتأمل جيدا.

و كيف كان فقد ذكر غير واحد للاحتيال فى قسمه الدين الحواله، و ذلك بأن يحيل كل منهما صاحبه بنصيبه الذى فى ذمه أحد المديونين و فيه أن ذلك وكاله لا- حواله لأنها من البرى، بل لم أجد فيها خلافا سوى ما حكاه الشهيد فى الحواشى المنسوبه إليه من توقف الفاضل فى التذكره فى ذلك، و لا ريب فى ضعفه.

نعم لو أحال كل منهما بنصيبه لدين سابق عليه صح، كما أنه يصح الصلح منهما بجعل أحدهما نصيبه فى ذمه أحد المديونين فى مقابله نصيب شريكه فى ذمه الآخر.

و فى الدروس الأقرب الصحه و فى جامع المقاصد أنه محتمل قلت: لم أجد وجها للعدم سوى دعوى شمول نصوص عدم قسمه الدين لذلك، إذ لو صح الصلح لكان المتجه حمل ما يقع منهما من دون عقده على معاطاته، مع أن النصوص قد أطلقت عدم تأثيرها مع أن فى أسأله بعضها ما يقضى بحمل فعل المسلم على الوجه الصحيح، على أن القسمه من أصلها

هی قریبه من الصلح إن لم تکن نوعا منه، فمع ظهور النصوص فی عدم قسمه الدین قد یستفاد منه عدمها أیضا و لو بالصلح، إلا أن ذلک کله کما تری.

و لو قلنا بصحه ضمان حصه کل منهما أمکن القسمه أیضا بأن یضمن کل منهما حصه صاحبه التی فی ذمه أحد المدیونین بإذنه، فیتهاترا، و یبقی کل من الدینین لکل منهما بلا شرکه، و لو کان الدین المشترک فی ذمه واحده و أراد أحدهما الاختصاص بحصته من غیر إشکال صالح المدیون عنها، بما یدفعه إلیه من مقدارها، أو وهبها له بعوضها، أو أحال بها لدین علیه أو نحو ذلک و الله أعلم

**[المسئله السابعه إذا باع الدین بأقل منه لم یلزم المدین أن یدفع إلی المشتری أکثر مما بذله ]**

المسئله السابعه قال الشیخ و من تبعه إذا باع الدین بأقل منه لم یلزم المدین أن یدفع إلی المشتری أکثر مما بذله اعتمادا علی روایه

محمد بن الفضیل (۱)«قلت للرضا علیه السلام: رجل اشتری دینا علی رجل، ثم ذهب إلی صاحب الدین فقال له: ادفع إلی ما لفلان علیک، فقد اشتریته منه، فقال: یدفع إلیه قیمه ما دفع إلی صاحب الدین، و برء الذی علیه المال من جمیع ما بقی علیه»

و

روایه أبی حمزه(۲)عن الباقر علیه السلام «سئل عن رجل کان له علی رجل دین فجاءه رجل فاشتری منه بعرض ثم انطلق إلی الذی علیه الدین، فقال: أعطنی ما لفلان علیک، فانی قد اشتریته فکیف یکون القضاء فی ذلک؟ فقال أبو جعفر علیه السلام: یرد الرجل الذی علیه الدین ماله الذی اشتری به من الرجل الذی له الدین».

و ظاهر الدروس العمل بهما، إلا أنهما کما تری ضعیفتان و لا جابر لهما، بل شهره الأصحاب بقسمیها علی خلافهما مخالفتان لأصول المذهب و قواعده، و لیس فی ثانیهما أن الثمن أقل، فیمکن حمله علی المساوی، و إلا فإطلاقه مما لا یقول به أحد کإطلاق سؤال الأول، فالواجب حینئذ طرحهما أو حملهما، و کلام الشیخ کما

قیل علی الضمان و إن کان فیه عدم معهودیه استعمال لفظ الشراء فیه و لو مجازا و أنهما ظاهران فی عدم علم المدیون بذلک فلا رجوع علیه، و لیس فی الثانی تصریح بأنه أدی إلی صاحب

---

۱- ۱ الوسائل الباب ۱۵ من أبواب الدین الحدیث- ۳.

۲- ۲ الوسائل الباب ۱۵ من أبواب الدین الحدیث- ۲.

الـدين كى يسـتحق الرجوع على المـديون، بـل فيه أنه اشترى بعرض، فكيف يجـامع الضـمان، بـل دفع القيمه فى الأول ظاهر فى العرض اللهم إلا أن يراد منها المقدار.

أو يقال بكون المراد على هـذا التقـدير تأديه الضـمان عروضا ضـمنه، فكان له المطابقه بالقبضه، لكن على كل حال لا ريب بعد الحمل المزبور، و أبعـد منه حملهما على الشـراء الفاسـد، و أن صاحب الـدين قـد أذن للمشترى أن يقبض من المديون مقدار ما أدى، و يبقى الباقى لصاحب الدين، فيكون المراد من البراءه فى الأول بالنسبه إلى المشترى، إذ هو كما ترى.

و لعل الأقرب منهما حملهما على الشـراء للمديون نفسه، و لو بصـيغه الصلح باذن من المديون أو بإجازه لاحقه، فيكون من صلح الحطيطه إذا فرض كون العوض من الجنس.

هذا و قد أساء الأدب فى السـرائر فى المقام مع الشـيخ حتى قال: إن كلامه تضحكك منه الثكلى، حيث أنه فهم من إطلاق كلامه جواز البيع بالأقل و إن كان ربويا و عدم التقابض فى المجلس و إن كان الثمن و المثمن من النقدين.

و فيه أن إطلاق الشـيخ منزل على إحراز شـرائط البيع، و ليس فى قوله أقل شهاده على ذلك، إذ يمكن فرضه فى المتجانسين فى غير الربويين، بعد تسـليم عدم صدق الأقل بالنسـبه إلى قيمه المدفوع، على أنك قد سـمعت أن مستنده الخبر ان الظاهر أولهما و الصـريح ثانيهما فى كون الثمن من العروض، و من هنا قد انتصر الفاضل فى المختلف للشيخ حتى استوفى له حقه، و لا بأس فإن المؤمن له ناصر و الله بعد ذلك هو الغافر، خصوصا بعد أن كان هذا كله لإظهار الحق و تدمير الباطل، بزعم القائل. و الله أعلم.

### [المسأله الثامنه الأقوى حرمه القرض بشرط البيع محاباه أو الإجاره أو غيرها من العقود]

المسـأله الثـامنه الأـقوى حرمه القرض بشـرط البيع محاباه أو الإجاره أو غيرها من العقود، فضـلا عن الهبه و نحوها، وفاقا للأسـتاد الأكبر الشـيخ جعفر، و شـيخه الفاضل المتبحر الآقا محمـد باقر على ما حكاه عنهما شـيخنا فى مفتاح الكرامه، قال: و خالفهما فى ذلك أستادنا الإمام العلامه أستاد الكل فى عصره السيد محمد مهدى، بل

حکی فیه أیضا أن الأستاد الآقا المزبور قد صنف رساله فی تحریم ذلک، مدعیا اتفاق الأصحاب و تظافر الروایات، و هو و إن کان قد یظهر من المختلف ذلک أیضا، حیث قال فی مسأله البیع بشرط القرض المتنازع فیه: إباحه البیع بالمحاباه مع اشتراط القرض، لا العکس، بل عن الصیمری حکایه ذلک عنه ساکتا.

لکن الإنصاف عدم کون المسأله من الإجماعیات، إذ فی القواعد «یجوز لو أقرضه بشرط أن یقترض منه، أو یقرضه أو یبیعه بثمن المثل أو بدونه أو یسلفه أو یستسلف منه، و نحوه فی التذکره، اللهم إلا أن یرید بیع المقرض لا المقترض، فیکون خارجا عما نحن فیه، إذ هو بدون ثمن المثل نفع للمقترض لا المقرض، کما أن قوله فی التذکره یجوز أن یقترض الزائد ثم یستقرض الأخر منه الناقص، ثم یتباریان، سواء شرط فی إقراضه ما یفعله الأخر أو لا، خلافا للشافعی» یمکن أن یکون المراد منه اشتراط نفس القرض، لا الإبراء، مع أنه غیر ما نحن فیه، بل ما فی الغنیه من جواز أن یقرض غیره ما لا علی أن یعامله فی بیع أو إجاره أو غیرهما، بدلیل إجماع الطائفه، یحتمل کون المراد غیر ما نحن فیه من المحاباه، کالنهایه و السرائر و جامع الشرائع التی عبر فیها بمثل العباره المزبوره، من دون دعوی الإجماع کما قیل.

بل لعل ما حکاه فی کشف الرموز کما قیل عن الشیخ من الإجماع علی أنه یجوز لمن یقرض ما لا أن یبتاع منه شیئا بأقل من ثمن المثل لا علی وجه التبرع، بل بسبب الإقراض، و أنه لا یعرف له مخالفا کذلک أیضا، و أنه لم یأخذه شرطا فی عقد القرض و إن کان هو السبب فیه، مع أن المحکی عن خلافه أنه قال: إذا باع دارا علی أن یقرض المشتری ألف درهم، أو یقرضه البائع ألف درهم فإنه سائغ، و لیس بمحظور دلیلنا إجماع الفرقه، إلا أنه و مع ذلک کله فلا یقطع بحصول الإجماع علی الحرمه.

نعم نص علیها الفاضل فی التحریر فقال: «لو شرط فی القرض أن یؤجره داره أو یبیعه شیئا أو یقرضه مره أخری جاز، أما لو شرط أن یؤجره داره بأقل أو یستأجر منه بأکثر، فالوجه التحریم، و عن کشف الرموز أنه حکاه عن بعض الأصحاب و تردد هو فیه، و قیل انه یلوح من صاحب التنقیح و عن الأستاد أنه حکاه عن المصنف و عن

أبى طالب الحسينى فى رسالته الفارسيه.

و كيف كان فلا ريب فى أنه الأقوى لصدق جر النفع به، المحرم فتوى و سنه، و لا يعارضه

ما دل على «أن خير القرض ما جر نفعا»

، المحمول كما عرفت على عدم الشرط، و نحو ذلك مما تقدم، كما أنك قد عرفت الكلام فى اشتراط الرهن و الكفيل على هذا الدين أو دين آخر، و فى اشتراط الصحيح بدل الغله، و فى اشتراط الإعطاء فى بلد آخر أو غير ذلك، مما هو غير مناف لذلك، أو أنه دل عليه الدليل، أو أنه لا نقول به، فلاحظ و تأمل.

بل قد عرفت ما فى دعوى المحقق الثانى من أن الممنوع اشتراط الزياده فى نفس مال القرض، أو صفته، و ما فى تأمل الأردبيلى فى حرمه اشتراط زياده الصفه، و العبارات السابقه التى بعضها معقد صريح الإجماع أو ظاهره قد عرفت الحال فيها، و على تقدير إطلاقها فالتعارض بينها و بين ذلك من وجه، و لعل الترجيح للمقام، فلا وجه لدعوى تقيد هذا الإطلاق بها، كما أنه لا وجه لمعارضته بالإجماعات المحكيه على جواز البيع بشرط القرض، و بغيرها من الأدله المذكوره لذلك، فإنه قد أنهاها فى المختلف إلى خمسه و عشرين، و إن كان فى بعضها ما فيه، بعد وضوح الفرق بين المسألتين و أنهما ليسا من سنخ و أحد، ضروره عدم الاشتراط فى عقد القرض، و إنما هو شرط فى عقد البيع فلا بأس به، و إن كان محاباه، و كون ذلك هو السبب فى فعل القرض، و إلا لم يقع من المقترض، لا يدرجه تحت أدله المنع كما هو واضح، و دعوى أن ما دل على حرمه جر النفع من الأخبار المرسله بل قيل العاميه فى غايه الفساد، بعد ما عرفت من اتفاق الفتاوى على مضمونه، و أن فى نصوصنا المعتبره ما هو مثله فى الدلاله ك صحيح محمد بن قيس (۱)و غيره المتقدمه سابقا التى هى دليل آخر للمطلوب، خصوصا صحيح محمد بن قيس منها ضروره أنه مع اشتراط محاباه فى قرض الورق مثلا قد اشترط زائدا على رد مثلها، و قد نهى عنه، و لا ينافيه خروج اشتراط ما لا نفع فيه عنه، بعد معلوميه

---

۱- ۱ الوسائل الباب- ۱۹- من أبواب الدين الحديث- ۱۱.

کون المراد منه عـدم اشتراط الزائـد علی ذلک مما یکون نفعا للمقرض لا مطلقا، و لو بقرینه ذیله، و الورق فیه لا ریب فی إراده المثـال منه لکـل قرض، و بـالجمله لاـ ینبغی التأمـل فی دلاله جمیع النصوص السابقه أو أکثرها علی حرمه القرض، و لو أن کون الشرط للنفع فی عقد آخر مسوغا لذلک، لجاز اشتراط الهبه و

العاریه و نحوهما مما هو معلوم العـدم نصا و فتوی، و لعل المسأله من الوضوح لا تحتاج إلی إطناب، بل الـداعی إلی هـذا القدر من الکلاـم هو أنی قـد عثرت علی تحریر لبعض مشایخنـا فی هـذه المسـأله قـد ذکر فیه أن هـذه المسـأله من أمهات المسائل بل مهماتهـا، و أنه قـد کتب هو و غیره فیهـا رسـاله، و قـد أطنب فی المقـال مختـارا للحل فیها، بل شـدد النکیر علی القول بالحرمه، مستندا إلی نصوص:

خیر القرض ما جر نفعا،(۱)

و نصوص سلسبیل (۲)التی قدمنا شطرا صالحا منها فی تأجیل المعجل، و إلی إطلاق العبارات السابقه التی بعضها معاقد الإجماع، مضافا إلی العمومات، و إلی ما أورده علی ما یقتضی المنع، مما یعرف جوابه بأدنی تأمل فیما ذکرنا.

کمـا أنه یعرف عـدم الـدلاله فی شـی ء ممـا ذکره من النصوص المزبوره و إن أکثر منهـا، ضـروره خلوها عن الاشتراط فی عقد القرض، و لاـ ریب فی أنه لاـ بـأس به مع عـدمه، و الإجماعـات السابقه قـد عرفت حالها، و العمومات یجب الخروج عنها، فلیس للجواز حینئذ شی ء یعتد به.

کما أنه لیس للمنع فی شرط القرض بعقد البیع محاباه شی ء یعتد به، و إن حکی فی المختلف عن بعض من عاصره التوقف فیه، بعد أن قال: المشـهور بین علمائنا الماضین و من عاصرناه إلا من شذ أنه یجوز بیع الشی ء الیسیر بأضعاف قیمته بشرط أن یقرض البائع المشتری شیئا، و

لعله أراد بمن عاصره المصنف، فإن المحکی عنه التردد فی ذلک و أن له کلاما و احتجاجا.

و کان ذلک هو الذی دعی الفاضل فی المختلف إلی الإطناب فی المسأله حتی ذکر

---

۱- ۱ الوسائل الباب ۱۹- من أبواب الدین.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۹- من أبواب أحکام العقود.

للجواز خمسه و عشرين دليلا، و إن كان جمله منها تكريرا للدليل، أو لا يرجع إلى حاصل، و قد اعترف هو بأن بعضها ذكرناه للإلزام، لا للاحتجاج، و العمده العمومات فى الشرط و البيع، و إطلاق نصوص الحيله الوارده فى حكايه سلسبيل و غيرها، و اتفاق الأصحاب ظاهرا على الجواز، فإن المفيد و المرتضى و الشيخ و غيرهم قد نصوا على ذلك، و جعلوا الخلاف فيه للعامه، و أنه ليس لهم دليلا على ذلك، بل نص المرتضى و الشيخ على الإجماع عليه، بل فى المختلف «اتفاق علماء الإماميه السابقون على الجواز، فإنهم قالوا: لا بأس ان يبتاع الإنسان من غيره متاعا أو حيوانا أو غير ذلك، بالنقد و النسيئه، و يشترط أن يسلفه البائع شيئا فى مبيع، أو يقرضه شيئا معلوما إلى أجل أو يستقرض منه» فيكون حجه، لما ثبت من أن إجماع الإماميه حجه، و بالجمله كان الإطناب فى ذكر كلمات الأصحاب و معاقد إجماعاتهم و ذكر ما يقتضى الجواز من ذلك و غيره خال عن الفائده، لمعلوميته بأدنى ملاحظه، خصوصا مع عدم ما يقتضى المنع سوى ما ذكره الفاضل فى المختلف من صحيح يعقوب بن شعيب (۱)المتقدم سابقا فى مسأله اشتراط النفع فى القرض، الذى هو مع خلوه عن النص على المحاباه و عن اشتراط ذلك فى العقد بلفظ «لا يصح» المشعر بالكراهه و صحيح محمد بن قيس (۲)المتقدم أيضا الذى هو مع التأمل دال على المطلوب لا عكسه، فلا أقل من أن يكون خارجا عنهما، و

خبر خالد بن حجاج (۳)«جاء الربا من قبل الشروط»

و إنما يفسده الشروط الذى هو من القضايا المجمله المفسره بغيره من النصوص التى ذكرت فى الربا فى اشتراط النفع فى القرض و اشتراط الزياده فى بيع المتساويين و نحو ذلك، و كون البيع محاباه نفعا و هو مشترط فى القرض، فيجب أن يكون حراما، الواضح فساده بأنه غير محل النزاع، إذ الكلام فى اشتراط القرض فيه، لا العكس، و دعوى التلازم بينهما ممنوعه كوضوح فساد الاستدلال أيضا بأنه لو جاز اشتراط المحاباه فى القرض لجاز اشتراط الهبه و العاريه، لأن كل واحد منهما عقد لو انفرد لأفاد الحل، و مع اشتراطه فى القرض يحرم، إذ هو أيضا خارج عن

---

۱- ۱ الوسائل الباب- ۱۹- من أبواب الدين الحديث- ۹.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۱۹- من أبواب الدين الحديث- ۱۱.

۳- ۳ الوسائل الباب- ۱۲- من أبواب الصرف الحديث- ۱.

محل البحث و غیر ذلک مما لا ینبغی صدوره ممن له أدنی نصیب فی العلم.

فمن الغریب سطر(۱)الفاضل لها فی المختلف، و أغرب منها جوابه عن الأخیر منها بمنع الملازمه أولا، و بعدم استحاله الثانی ثانیا، و خبر محمد بن قیس بعد اشتراک راویه بین الثقه و غیره لا یعول علیه، ضروره وضوح فساده إن کان المراد التزام جواز ذلک فی عقد القرض، و إلا کان خارجا عما نحن فیه، فالتحقیق فی الجواب ما عرفت و الله أعلم.

**[المسأله التاسعه لو اقترض دراهم ثم أسقطها السلطان و جاء بدراهم غیرها لم یکن علیه إلا الدراهم الأولی ]**

المسأله التاسعه: لو اقترض دراهم ثم أسقطها السلطان و جاء بدراهم غیرها لم یکن علیه إلا الدراهم الأولی، وفاقا لصریح جماعه و ظاهر آخرین، لإطلاق الأدله، و خصوص الصحیحین (۲)، و خلافا للصدوق فی المقنع، فأوجب التی تجوز بین الناس،

للصحیح (۳)أیضا «لک أن تأخذ منه ما ینفق بین الناس، کما أعطیته ما ینفق بین الناس»

القاصر عن مقاومه السابقین من وجوه، فیحمل علی أخذ ذلک بالتراضی بینهما، و لم یکن فیه ربا. بل قد یرجح للمستقرض الدفع للإحسان، أو علی إراده قیمه الأولی إذا فرض تعذرها، و ربما حمل علی مهر الزوجه أو ثمن المبیع، و فیه مع خروجه عن الظاهر أن حکمهما حکم القرض.

نعم یمکن ثبوت الخیار فی المعامله بها مع عدم العلم، لأنه کالعیب بالنسبه إلی ذلک، و

الا فلا فرق بینهما و بینه، بل و بین المضاربه علی الأقوی، فرأس المال الدراهم الساقطه دون الثانیه. و قد یحتمل جبر النقص بالربح، إلا أنه ضعیف، لعدم کونه نقصا فی رأس المال، و إنما هو نقص فی قیمته بسبب من غیر التجاره. و کیف کان فلو تعذرت فالقیمه وقت التعذر، أو القرض أو المطالبه أو الأداء أو الأعلی، بوجوهه علی حسب ما تقدم سابقا فی تعذر المثلی، لکن ینبغی إعطاء القیمه من غیر الجنس حذرا من الربا بناء علی عموم جریانه لمثله، کما هو واضح. و الله أعلم.

**[المسأله العاشره قال الفاضل و غیره لو قال المقرض للمقترض مثلا إذا مت فأنت فی حل کان وصیه]**

المسأله العاشره: قال الفاضل و غیره: لو قال المقرض للمقترض مثلا إذا مت فأنت فی حل، کان وصیه و لو قال: إن مت، کان إبراء باطلا، لتعلقه علی الشرط،

---

۱- ۱ تنظر.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۲۰- من أبواب الصرف الحدیث- ۲- ۴.

۳- ۳ الوسائل الباب- ۲۰- من أبواب الصرف الحدیث- ۱.

و وافقه على الأولى فى الدروس، و نسب الثانى إلى القيل؛ و قال: الأقرب العمل بقصده و لعل وجه الفرق بين إن و إذا، أن إذا ظرف فى الأصل، و إن عرض لها معنى الشرط فكأنه قال: وقت موتى أنت فى حل، و ذلك مجزوم به غير مشكوك فيه، فلا تعليق فيصح، و ان حرف شرط مقتض للشك فى كونه إبراء، و متى كان المعلق عليه مشكوكا فالمعلق أولى، و لا يضر كون الموت بحسب الواقع مقطوعا، لأن الاعتبار فى عدمه بالصيغه الواقعه إبراء، فمتى لم تكن واقعه على وجه الجزم، لم تكن صحيحه.

لكن قد يناقش أولا: بأن الوصيه قد تقع بلفظ إن، كما صرح به الفاضل فى وصايا الكتاب، فمع قصد الوصيه من الفرض لم يكن به بأس، و دعوى أن الشارع وضع إذا فى إنشاء الوصايا، دون إن كما عن حواشى الشهيد غير ثابته، و ثانيا: ان المتجه البطلان مع قصد الإبراء دون الوصيه و لو بلفظ إذا، للتعليق الممنوع و دعوى- أنه مع الجهل بالقصد يحمل الأول على الوصيه، و الثانى على الإبراء المعلق أما لو علم إراده الوصيه منهما صح فيهما، كما أنه لو علم إراده الإبراء المعلق فسد فيها- يمكن منع شهاده العرف بذلك، و أنه لا فرق بينهما كما لا يخفى فتأمل و الله أعلم.

### [المسئله الحاديه عشر الظاهر جواز الاقتراض و إن لم يكن له مقابل ]

المسئله الحاديه عشر: الظاهر من النصوص و الفتاوى جواز الاقتراض و إن لم يكن له مقابل و قدره على القضاء لو طولب، خلافا للمحكى عن أبى الصلاح فحرمه و لعله ل

موثق سماعه(۱)«قلت لأبى عبد الله عليه السلام: الرجل منا يكون عنده الشى ء يتبلغ به، و عليه دين أ يطعم عياله حتى يأتى الله عز و جل بميسره فيقضى دينه أو يستقرض على ظهره فى خبث الزمان و شده المكاسب، أو يقبل الصدقه؟ قال: يقضى بما عنده دينه، و لا يأكل من أموال الناس إلا و عنده ما يؤدى إليهم حقوقهم، إن الله عز و جل يقول «لا تَأْكُلُوا

أَمْوالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْباطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجارَةً عَنْ تَراضٍ مِنْكُمْ» و لا يستقرض على ظهره إلا و عنده وفاء، و لو طاف على أبواب الناس فردوه باللقمه و

---

۱- ۱ ذكر صدره فى الوسائل فى الباب ۴ من أبواب الدين الحديث ۳ و ذيله فى الباب ۲ الحديث ۵.

اللقمتین و التمره و التمرتین، إلاـ أن یکون له ولی یقضی دینه من بعده، لیس منا من میت یموت إلاـ جعل الله له ولیا یقوم فی عدته، فیقضی عدته و دینه»

و لکنه مع شهاده ذیله بخلاف قوله فی الجمله غیر مقاوم للإطلاقات المعتضده بإطلاق الفتاوی.

مضافا إلی

خبر موسی بن بکر(۱)«قال: قال لی أبو الحسن علیه السلام: من طلب هذا الرزق من حله لیعود به علی نفسه و عیاله، کان کالمجاهد فی سبیل الله عز و جل، و إن غلب علیه فلیستدن علی الله عز و جل و علی رسوله ما یقوت به عیاله، فإن مات و لم یقضه کان علی الإمام قضاؤه فان لم یقضه کان علیه وزره، إن الله عز و جل یقول: «إِنَّمَا الصَّدَقاتُ لِلْفُقَراءِ وَ الْمَساکِینِ - إلی قوله- وَ الْغارِمِینَ » و هو فقیر مسکین مغرم»،

و نحوه غیره، بل

روی (۲)أیضا «أن من استقرض فی حق أجل سنه، فإن اتسع و إلا قضی عنه الإمام علیه السلام»

و

خبر أیوب بن عطیه(۳)الحذاء قال: سمعت أبا عبد الله یقول: «کان رسول الله یقول: أنا أولی بکل مؤمن من نفسه، و إن ترک مالا فللوارث و إن ترک دینا أو ضیاعا فإلی و علی»

و الضیاع بالفتح العیال، و نحوه غیره.

و

خبر أبی موسی (۴)«قلت: لأبی عبد الله علیه السلام جعلت فداک یستقرض الرجل و یحج؟ قال: نعم قلت: یستقرض و یتزوج؛ قال: نعم إنه ینتظر رزق الله غدوه و عشیه»

إلی غیر ذلک مما هو دال بإطلاقه و غیره علی الجواز. بل ینبغی القطع به مع علم المقرض بذلک، فلا بأس حینئذ بحمل الخبر المزبور علی نوع من الکراهه، أو علی الاقتراض مع العزم علی عدم الوفاء، أو غیر ذلک.

و علی کل حال فهو دال علی الاکتفاء بالولی، و إن لم یکن یجب علیه الوفاء کما أفتی به الشیخ فی النهایه، و من الغریب مناقشه ابن إدریس له بعدم وجوبه علیه مع عدم قوله به، اللهم إلا أن یرید عدم جواز الاقتراض اعتمادا علی الولی الذی لا یجب علیه

---

۱- ۱ الوسائل الباب- ۹- من أبواب الدین الحدیث- ۲.

٢- ٢ المستدرك ج ٢ ص ۴٩٠.

٣- ٣ الوسائل الباب- ٣- من أبواب ضمان الجريره الحديث ١۴.

۴- ۴ الوسائل الباب- ٣- من أبواب الدين الحديث- ١.

الوفاء، و حينئذ يكون اجتهادا في مقابله النص، كقوله بعدم جواز الاستدانه لغير الواجب من الحج الذى قد عرفت تصريح الخبر به، قال في السرائر: «لا يجوز للإنسان أن يستدين ما يصرفه في نفقه الحج إلا بعد أن يكون الحج قد وجب عليه لوجود شرائطه، و يكون له مال إذا رجع اليه قضى منه دينه، و ما ورد من الأخبار في جواز الاستدانه للنفقه في الحج محمول على ما ذكرناه و حررناه، لا على من لا يكون الحج قد وجب عليه و لا يكون له مال إذا رجع إليه قضى منه دينه، لأن هذا لا يجب عليه الحج و هو على هذه الصفه، و إذا كان كذلك لا يجب عليه، فلا يجوز أن يستدين ليفعل ما لا يجب عليه».

و يمكن أن يريد بعدم الجواز الكراهه، خصوصا مع ذكره قبل ذلك «أن الاولى للمختار أن لا يستدين إلا إذا كان له ما يرجع إليه فيقتضى به دينه، فإن لم يكن له ما يرجع اليه فقد روى أنه إن كان له ولى يعلم أنه إن مات قضى عنه قام ذلك مقام ما يملك» إلى أن قال: «فإذا خلا من الوجهين فإنه يكره له الاستدانه و ليس ذلك بمحظور إذا كان عازما على القضاء منفقا له في الطاعات و المباحات» و هو صريح فيما قلنا، فمن الواجب حمل كلامه على ما ذكرناه و الله أعلم.

### [المقصد السادس في دين المملوك ]

#### اشاره

المقصد السادس من المقاصد التى استدعاها النظر في السلف في دين المملوك لكن ينبغى أن يعلم أولا: أنه لا يجوز للمملوك فضلا عن غيره أن يتصرف في نفسه بإجاره، و لا استدانه، و لا غير ذلك من العقود، و لا بما في يده ببيع و لا هبه إلا بإذن سيده و لو حكم له بملكه لما عرفته سابقا من كونه محجورا عليه، و أنه لا يقدر على شى ء. بل لا يبعد عدم جواز التصرف له في نفسه لنفسه بما يزيد على ضروريات تعيشه، و ما علم من السيره و غيرها عدم تسلط المولى على منعه منها من بعض حركات بدنه و نحوها، كالعلم بعدم توقف الرخصه في بعض الأفعال له على

إذن السيد، بل الظاهر أنها رخصه شرعيه حتى ينهاه السيد عنها، فيجب امتثاله حينئذ.

لكن المراد بعدم جواز ما فى المتن إذا كان الواقع العقد خاصه عدم ترتب الأثر عليه، فهو فضولى حتى لو قلنا بحرمه مباشرته العقد من دون إذن سيده، باعتبار أنه تصرف فى لسانه المملوک للسيد من غير إذنه، إلا أن ذلک لا يمنع من صلاحيه العقد للتأثير مع الإجازه، و منه ينقدح صحه عقد العبد للغير حتى مع نهى السيد له، فضلا عن الوقوع بغير إذن، إذ أقصاه الإثم فى التلفظ بذلک، و هو لا يقتضى الفساد بالنسبه إلى ترتب الأثر. لكن لا يخلو من تأمل.

و على تقديره لا- تثمر فى صحته الإجازه كما هو واضح، بل لا يخلو المنع فى المتن و غيره من تأمل أيضا لابتنائه على الحجر عليه حتى فى الذمه التى يتبع بها بعد العتق و إلا لم يتجه منعه من الضمان التبرعى و نحوه الذى لم يتوقف على ملک أو تمليک غير صالح للعبد، و فى ثبوت دليل له غير الآيه(۱)التى قد سمعت البحث فيها سابقا لا- يخلو من بحث، و لعله لذا كان خيره الفاضل فى التذكره جواز الضمان من دون إذن السيد لكن يقوى فى النظر المنع لظاهر الفتاوى و غيره.

نعم قد يقال بصحه عقد الصلح الذى يقوم مقام العاريه له، بناء على صحتها له من دون إذنه، كما هو الظاهر، بل قد يقال بجواز الإباحه المضمونه بالتلف له، للأصل السالم بلا معارض و ليس ذلک قدره للعبد، بل قدره للحر على ما له، فتأمل جيدا. و الله أعلم.

و كذا لا- يجوز له التصرف إذا أذن له المالک أن يشترى لنفسه لما عرفته سابقا من استحاله ملكه شرعا، فإذنه له فيه كعدمها، فيقع الشراء له باطلا، بل الظاهر بطلانه للسيد أيضا، لعدم إذنه بالشراء له، و دعوى- أن الشراء لنفسه قد تضمن أمرين: الاذن فى الشراء و تقييده بكونه لنفسه، فإذا بطل المقيد بقى المطلق، لأن المطلق جزء المقيد فيقع للمولى، لأنه إذن فى الابتياع فى الجمله-

---

۱- ۱ سوره النحل الآيه ۷۵.

واضحه البطلان لأن الإذن إنما تعلق بأمر واحد، و هو المقيد المخصوص بالعبد فحيث لم يصح كان الابتياع باطلا، لأنه غير مأذون فلا يثمر ملكا للمولى. لأنه يأذن فيه على هذا الوجه.

نعم قد يقال: ليس المراد من ذلك تقييد الشراء بكونه للعبد، بل هو أشبه شی ء بالمقارنات الاتفاقيه، و إنما المراد الشراء، فنيته حينئذ لنفسه لاغيه، و الفرض أن الشراء مأذون فيه، و ليس غير السيد يقع له، فهو كما لو قال السيد لعبده: اشتر لی فاشتری العبد لنفسه، فإن الظاهر عدم تأثير نيته، و كقول القائل لوكيله: اشتر لی بعين هذا المال فاشتری به الوكيل ناويا نفسه، فإن الظاهر صحه الشراء و لغو النيه.

فنيه العبد هنا لنفسه بعد أن كان غير قابل للتمليك من قبيل نيه الوكيل نفسه مع كون الشراء بعين المال، بل من قبيل نيه العبد الشراء للدابه، بل ما نحن فيه أشبه شی ء بما لو قال القائل: اشتر بعين مالی لزيد كذا، فإنه لا ريب فی صحه الشراء لصاحب المال و إن نوى المشتری أنه لزيد، إلا أنه بعد أن كان المالك للمال المجعول ثمنا غيره كانت النيه لاغيه، فكذا المقام فتأمل جيدا.

و على ذلك فالتردد حينئذ فی جواز تصرف العبد ينشأ من اقتضاء الإذن فی الشراء لنفسه الإذن فی التصرفات و إن بطل الأول بتعذر ملكيه العبد، و من أن الإذن له فی التصرف إنما كانت تبعيه لشرائه لنفسه، أما إذا كان غير مالك فلا إذن، إذ يمكن أن لا يرضى المولى بالتصرف مع فرض كونه المالك، و لا ريب فی أنه الأقوى، بل قد يمنع حصول الإذن فی التصرف بالإذن بالشراء لنفسه، و إن قلنا بملكيته التی لا يسوغ له التصرف معها باعتبار كونه محجورا عليه هذا.

و لكن فی المتن فيه تردد. لأنه يملك وطئ الأمه المبتاعه. مع سقوط التحليل فی حقه و لا يخفى عليك أن ما ذكره وجها لأحد شقی التردد لا ينطبق على ذلك، و لو حمل على كون ذلك من السيد و لو بقرينه عدم ملكيه العبد لإراده انتفاع العبد بما يشتريه له لم يتجه التردد حينئذ، ضروره وضوح الجواز.

اللهم إلا أن يكون وجه المنع فيه ان الأذن قد وقعت سابقه على الملك فلا

تـأثير لهـا، كمـا أن وجه الجواز فيه أنه يملـك وطى الأـمه المبتاعه بالإذن المزبوره مع سـقوط التحليل فى حقه، بناء على اقتضائه التمليـك الممتنع بالنسـبه إليه، مع أنه لاـ معنى لتحليله أمه الغير، إذ الفرض عـدم وقوع غير الإـذن السابقه، فلم يبق مسـتندا لجواز الوطء إلا الإذن السابقه، فإذا أثرت فيه ففى غيره بالأولى.

لكن هـذا مبنى على كون جواز الوطى أوضح من غيره، حتى يصح جعله دليلا بالأولويه، و على كل حال فالعباره كما ترى. لكن ما فى التـذكره قـد يومى إلى ما ذكرنا فى الجمله، قال: «لو أذن المولى لعبده فى الشـراء للعبد صح، و الأقرب أنه لا يملكه العبد، فحينئـذ يملكه المولى لاسـتحاله ملك لا مالك له، و لكن للعبـد اسـتباحه التصـرف و الوطء لو كان أمه، لا من حيث الملك بل لاسـتلزامه الأـذن» هـذا و فى المسالـك جعـل منشأ التردد، كون العبـد يملك وطئ الأمه المبتاعه، يحتمل أمرين، معترفا بوضوح فسادهمـا معا، و فى شـرح الترددات لأحـد تلامـذه المصـنف على الظاهر «إذا أذن المولى لمملوكه فى الشـراء لنفسه، هل يملك بـذلك؟ تردد فيه المصـنف و منشأ النظر إلى عموم قوله تعالى (۱)«ضَـرَبَ اللَّهُ مَثَلًا عَبْداً مَمْلُوكاً لا يَقْدِرُ عَلى شَيْ ءٍ» و قد عرفت فيما مضـى أن النكره فى سـياق النفى تعم. و فى الاسـتدلال بهـذه الآيه تعسف إلى أن قال: و إلى الالتفات إلى أنه يسـتبيح وطئ الأـمه المـأذون له فى ابتياعهـا لنفسه، و لاـ شـى ء من الأسـباب المبيحه للوطء موجوده هنا إلا التملك، فيلزم القول به، اما الأولى فلاـن الأسـباب المقتضـيه للاسـتباحه العقـد و هو منتف هنـا، و التحليل، و هو منتف أيضا لافتقاره الى اللفظ الـدال عليه، فلم يبق سوى الملك.

و أمـا الثـانيه، فظـاهره لاسـتحاله وجود الملزوم من حيث هو ملزوم بـدون لاـزمه، و لو قيل بالمنع من الوطء أصـلا إلا مع صـريح اللفظ كان وجها، و لقائل أن يمنع انتفاء التحليل هنا، إذا الإذن فى الشراء مستلزم للإذن فى الوطء و هذا

---

۱- ۱ النحل- ۱۶-.

إنمـا يتـأتى على قول من لم يجعـل للتحليـل لفظـا معينـا» و هو كمـا ترى. من غرائب الكلام. و ما كنا لنؤثر أن يقع ذلك ممن له أدنى نصيب في العلم. و في القواعد:

«و لـو أذن له المـولى فى الشـراء لنفسه ففى تملكه أى المولى إشـكال، و هـل يسـتبيح العبـد البضع الأـقرب ذلـك، لاـ من حيث الملك بل لاستلزامه الإذن»، و فيه: تأييد لما قلناه

سابقا فى الجمله و الله أعلم و كيف كان فإذا أذن له المالك فى الاسـتدانه لنفسه على حسب إذنه فى الشراء له، جرى فيه البحث السـابق الـذى منشأه عـدم ملكيه العبـد المشترك بين المقامين، بعـد فرض إراده الإذن له بأن يملك بالاسـتدانه، و احتمال أن له شغل ذمته بالإذن و إن كان الذى استدانه ملكا للمولى، فإذا رضى المقرض يكون العوض فى ذمه العبد المأذون، ستعرف ما فيه.

نعم إن أذن له فى الاسـتدانه له كـان الـدين لازمـا للمولى قولاـ واحـدا كمـا فى المسالـك، و بلا خلاف كما فى غيرها، بل و لا إشكال ضروره كونه كالوكيل، بل هو أولى باعتبار عدم مال للعبد، يؤدى منه، إذ هو لا يقدر على شى ء، و لا فرق بين أن يقصد المقرض العبد أو سـيده، و لا بين أن يقصد العبد نفسه أو سـيده، و لو صـرح المولى للعبد بأن المراد شغل ذمته أى العبد للمولى على معنى كون المال المقرض للسيد، و الشـغل لـذمه العبـد، كان قرضا فاسـدا يتبع به من اسـتولت يـده، و يسـتقر على المباشـر لإتلافه، و إن كان قـد يشـكل فيما إذا علم المقرض بالحال، و أقدم على ذلك، و كان المتلف المولى، لأنه هو الذى ضـيع ماله، فيتبع به العبد بعد عتقه، لعموم

«على اليد»(۱)

. و يـدفع بأنه يلتزم بذلك إذا كان صـحيحا، فمع فرض الفساد يتجه الرجوع على المولى حتى مع العلم بالفساد، كما فى غيره من العقود الفاسده، و كذا إن كان أذن له فى الاستدانه لنفقته الواجبه على المولى بل و غيرها إن

استبقاه أو باعه بلا خلاف أجـده فى شـى ء من ذلك، بل عن المهـذب الإجماع عليه، للتعليل السابق الـذى لا فرق فيه بين كون المنتفع العبد أو السيد، بعد أن كان هو الآذن للعبد الذى

---

۱- ۱ سنن البيهقى ص ۹۰ كنز العمال ص ۲۵۷.

لا یقدر علی شی ء، و لصحیح أبی بصیر(۱)و غیره الظاهر فی أن مدار کون دین العبد علی المولی إذنه له فیه،

قال: «قلت لأبی جعفر علیه السلام: رجل یأذن لمملوکه فی التجاره فیصیر علیه دینا، فقال: إن کان أذن له أن یستدین فالدین علی مولاه، و إن لم یکن أذن له أن یستدین فلا شی ء علی المولی، و یستسعی العبد فی الدین»

و فی

خبر شریح (۲)«قال أمیر المؤمنین علیه السلام: فی عبد بیع و علیه دین؟ فقال: دینه علی من أذن له فی التجاره، و أکل ثمنه»

و

فی الموثق (۳)«سألت أبا جعفر علیه السلام عن رجل مات و ترک دینا و ترک عبدا له مال فی التجاره و ولدا و فی ید العبد مال و متاع، و علیه دین استدانه العبد فی حیاه سیده فی تجارته، فإن الورثه و غرماء المیت اختصموا فیما فی ید العبد من المال و المتاع و فی

رقبه العبد؟ فقال: أری أن لیس للورثه سبیل علی رقبه العبد، و لا علی ما فی یده من المتاع و المال إلا أن یضمنوا دین الغرماء جمیعا فیکون العبد و ما فی یده من المال للورثه، فإن أبو أ کان العبد و ما فی یده للغرماء یقوم و ما فی یده من المال، ثم یقسم ذلک بینهم بالحصص، فإن عجز قیمه العبد عن أموال الغرماء رجعوا علی الورثه فیما بقی لهم إن کان المیت ترک شیئا و إن فضل من قیمه العبد و ما کان فی یده عن دین الغرماء ردوه علی الورثه».

و

فی خبر أشعث (۴)عن الحسن علیه السلام «فی رجل یموت و علیه دین قد أذن لعبده فی التجاره، و علی العبد دین؟ قال: یبدأ بدین السید»

و من الإجماع علی عدم وجوب البدأه یعلم عدم إراده ذلک من الأمر، و فی الریاض الاستدلال علیه ب

خبر طریف (۵)بیاع الأکفان- «سألت أبا عبد الله علیه السلام عن غلام لی کنت أذنت له فی الشراء و البیع، فوقع علیه مال للناس، و قد أعطیت به مالا کثیرا؟ فقال أبو عبد الله علیه السلام إن بعته لزمک ما علیه و إن أعتقته فالمال علی الغلام- و هو مولاک».

---

۱- ۱ الوسائل الباب- ۳۱- من أبواب الدین الحدیث- ۱.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۵۵ من أبواب العتق الحدیث- ۲.

۳- ۳ الوسائل الباب- ۳۱- من أبواب الدین الحدیث- ۵.

۴- ۴ الوسائل الباب- ۵۵- من أبواب العتق الحدیث- ۱.

٥- ٥ الوسائل الباب- ٣١- من أبواب الدين الحديث- ٢.

و

فی آخر(۱)ان طریف الأکفانی کان أذن لغلام له فی البیع و الشراء فأفلس و لزمه دین، فأخذ بـذلک الـدین الذی علیه، و لیس یساوی ثمنه ما علیه من الدین، فسأل أبا عبد الله علیه السلام، «فقال: إن بعته لزمک الدین، و إن أعتقته لم یلزمک الدین فأعتقه و لم یلزمه شی ء»

، و لاـ یقـدح مـا فیهما من اشتراط البیع بعـد عـدم القائل بالفرق بینه و بین الإبقاء بل قیل إنه أولی، کما أن قصور السـند فیهما و غیرهما منجبر بما سمعت من الإجماع المعتضد بعدم الخلاف.

نعم هما مع

خبر عجلان (۲)عن الصادق علیه السلام «فی رجل أعتق عبدا و علیه دین؟

قال: دینه علیه و لم یزده العتق إلا خیرا»

حجه القول الـذی أشار إلیه المصـنف بقوله و إن أعتقه قیل: یبقی الدین فی ذمه العید و القائل به الشیخ فی النهایه و القاضـی و جماعه علی ما حکی، بل لعله ظاهر التذکره.

و قیل: بل یکون باقیا فی ذمه المولی، و هو أشـهر الروایتین و القولین، بل هو المشـهور بین الأصـحاب نقدا و تحصیلا: ل صحیح أبی بصیر(۳)السابق و غیره، القاصر غیره عن معارضته سندا و لا جابر، بل و دلاله إذ الأولان و إن صرح فیهما بالتفصیل بین العتق و غیره مما هو قابل لتخصیص صحیح أبی بصیر و غیره، إلا أنها لا تصریح فیها بالتفصیل بالاذن و

عـدمه الذی صرح به فی صـحیح أبی بصـیر، و الأذن بالبیع و الشـراء فیهما أعم من الإذن بما تضـمناه من الدین الذی لزم العبد، فتخصیصـهما بالصـحیح المزبور أولی للشهره بقسمیها، و لقاعده کون العبد بالإذن فی الاستدانه باقیا فی ذمه المولی کالوکیل، و إن أنفقها علی نفسه، و لاستصـحاب ضـمان المولی، بناء علی أن المشغول مع الإذن ذمه المولی، لا أن العبد المشغول، و المولی یجب تأدیته عنه، و إلا کان الأصل بالعکس، و منه ینقـدح ضـعف آخر للـدعوی: و هو أنه لم یتجـدد سـبب صالـح للشـغل حال العتق، فهو مرجح آخر أیضا، مضافا إلی غیر ذلک.

---

۱- ۱ الوسائل الباب- ۳۱- من أبواب الدین الحدیث- ۳-.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۵۴- من أبواب العتق الحدیث- ۱-.

۳- ۳ الوسائل الباب- ۱۳- من أبواب الدین الحدیث- ۱.

و لا- ینافی ما فیهما من کون الدین علی المولی، إن باع، إذ یمکن کما فی الحدائق و الریاض کون ذلک للحیلوله بینه و بین أصحاب الدین بالبیع، لا من حیث أن المال لازم بأصل الاذن فی التجاره، و الحال أن الاذن لم یحصل فی الاستدانه و فیه أنه لا حیلوله بعد فرض عدم الاذن فی الاستدانه، ضروره کونه یتبع به العتق، فلا یمنع المالک من بیعه کما هو واضح علی أن هذا الکلام مناف للاستدلال بهما سابقا علی المسأله الأولی المبنی علی وقوع ذلک من المولی، فلا بد حینئذ من طرحهما فی مقابله ما عرفت أو حملهما علی ما ستسمع، من حمل نصوص الاستسعاء علیه فی مسأله الإذن له فی التجاره، دون الاستدانه. و أما خبر عجلان فهو مع ضعف سنده و لا- جابر- و احتمال کون مرجع الضمیر المجرور بعلی فیه إلی المولی، و لا ینافیه الذیل- مطلق یقیده صحیح أبی بصیر، و لو سلم کون التعارض بینهما من وجه أیضا کان الترجیح له بما عرفت سابقا فتأمل جیدا.

و کیف کان فقد ظهر لک أن دین العبد إذا کان بإذن مولاه کان لازما و حینئذ ف لو مات المولی کان الدین فی ترکته، و لو کان له غرماء کان غریم العبد کأحدهم کما دل علیه الموثق السابق، بل فی المسالک «إطلاق غرماء العبد بطریق المجاز لوقوع الاستدانه منه، و إلا فالجمیع غرماء المولی، و إن کان لا یخلو من بحث، إلا أن الحکم لا إشکال فیه».

و خبر(۱)البدأه مع قصور سنده جدا مطرح أو محمول علی ما ذکرناه، و ربما أول بتعمیم دین السید لدین عبده، و البدأه بالنسبه إلی الإرث و الوصایا، و بالحمل علی صوره الأذن فی التجاره دون الاستدانه، فیخص حینئذ دین السید بدین نفسه دون عبده، و یجعل الأمر بأداء دین العبد المفهوم بالابتداء بدین السید للاستحباب فلا منافاه و لا بأس به، و إن کان ما ذکرناه سابقا أولی و الله أعلم.

و إذا أذن له فی التجاره، اقتصر علی موضع الإذن. فلو أذن له بقدر معین أو زمان أو مکان أو جنس کذلک لم یزدد علیه کما فی کل محجور علیه؛ و فی التذکره نسبته إلی علمائنا. و ما عن القاضی- من أنه «إذا أذن له یوما فهو مأذون أبدا حتی

---

۱- ۱ الوسائل الباب ۵۵ من أبواب العتق الحدیث- ۱-.

یحجر علیه»- فی غایه الضعف، کقول أبی حنیفه بحصول الإذن من السید بمجرد عدم نهیه، بل قال: «لو أذن له فی القصاره أو الصبغ صار مأذونا فی کل تجاره» إذ لم نعرف له مستندا فی شی ء من ذلک، بل أصول المذهب تقضی بخلافه، ضروره عدم استفاده الإذن من السکوت فیما سکت عنه و لا فی غیره و لو أطلق له التجاره اقتصر علی ما یستفاد منها، و لعله مختلف باختلاف الأزمنه و الأمکنه نعم لا یدخل التزویج فیها قطعا، و لا الصدقه؛ بل فی الدروس و لا إجاره نفسه، و أما إجاره رقیقه و دوابه ففی دخولها نظر، من عدم انصراف لفظ التجاره إلیها، و من أن التاجر ربما فعلها، و استقربه فی الدروس. و فی القواعد «الأقرب أن له أن یؤجر أموال التجاره» و عن القاضی أنه یؤجر نفسه و یستأجر غیره و یزارع و یستأجر الأرض، و المرجع فی ذلک کله إلی العرف.

و لا یثبت کونه مأذونا بقوله، بل بالسماع أو البینه، و فی الدروس أو الشیاع.

و فی القواعد أنه الأقرب، لکن قد یشکل- إذا کان المراد منه ما یفید الظن المتاخم و أنه یحکم به علی المولی، إن أنکر- بعدم الدلیل، بل قیل: إنه لضعفه لا یثبت به الملک الذی بید شخص، فکیف یحکم به علی المولی، نعم لا بأس بجواز الأقدام به علی المعامله، و إن کانت الدعوی- لو أنکر السید- باقیه، بل فی جامع المقاصد «لا یبعد الإکتفاء بخبر العدل، إذ الأصل فی خبر المسلم الصحه، و قد تأکد بالعداله بل لو أخبر من أثمر خبره أمکن القبول، إذ لیس ذلک بأقل من خبر مدعی الوکاله عن الغیر فی بیع ماله، و لیس بأقل من خبر الصبی بالهدیه، و لو أظفر بموافق علی هذا لم اعدل عنه» قلت: بل مقتضی ما ذکره الاکتفاء بدعوی العبد التی لا- معارض لها لکن لا یخفی علیک أن الاحتیاط یقضی بخلاف ذلک، و إن کانت السیره بما ذکره، و فی التذکره الأقرب عندی عدم قبول الشیاع.

و کیف کان فیجوز أن یحجر علیه و ان لم یشهد، و عن القاضی أنه «لا بد من إشاعته فی سوقه، و علم الأکثر، و لا یکفی علم الواحد، بل للواحد السامع الحجر معاملته، لعدم تمام الحجر» و لا ریب فی بعده، إنما الکلام فی الحجر علیه بذلک،

أو إلى أن يبلغ كالوكيل، و لو اختلف المولى و المعامل فى تقدم الحجر على المعامله و تأخره عنها كان القول قول المعامل، إذا كان صوره الدعوى أن الحجر قد وقع فى غد، و المعامل أنكر ذلك، و لتمام الكلام فى ذلك محل آخر، و لو قال: حجر على السيد لم يعامل. بل فى الدروس و إن أنكر السيد، لأنه المتعاطى للعقد، و احتمله فى القواعد. و فيه نظر لأن الحجر فعل السيد و حق له، و الشرط فى صحه العقد إليه، لا القصد إليه من حيث كونه صحيحا، و لذا جاز المتعه بالمرأه المخالفه و شراء الغائب ممن لا ـ يرى جوازه من العامه، و غير ذلك، و من هنا قال فى التذكره: مذهبنا الجواز بعد أن حكى عن أحد وجهى الشافعيه خلافه.

و يقبل إقرار المأذون فى الدين مطلقا أو للتجاره إذا أقربه لها و إن كان لأبيه أو ابنه، خلافا لأبى حنيفه فلم يقبله لهما، و ما فى التذكره «من أن المعتمد عدم قبول إقراره بديون المعامله» يمكن أن يريد مع عدم الأذن، و إلا كان واضح الضعف نعم هو كذلك لو كان بغير المأذون فيه، إذ هو كغير المأذون الذى لا يقبل إقراره على سيده بمال أو قصاص أو غيرهما بل فى القواعد هل يتعلق بذمته نظر، و إن كان ضعيفا لعموم جواز إقرار العقلاء، فالأقوى تبعيته به بعد العتق، كما أن الأقوى قبول إقراره بالجنايه الموجبه قصاصا أو مالا لو صدقه المولى، بل ينبغى القطع به للعموم المزبور، و مانعيه السيد قد ارتفعت بتصديقه.

و لو أذن السيد لعبده فى المعامله بمقدار كذا و دفع إليه ما لا ليتجر به فعاد و بيده أعراض يدعى أنه شراها فى ذمته، و أن دينها باق، و أنه قد تلف ما كان بيده، و أنكر السيد ذلك، ففى جامع المقاصد، أن قبوله مستبعد جدا و فيه أنه يمكن القبول بعد فرض الإذن بالشراء بالذمه.

و لو أذن له السيد فى التجاره بمقدار كذا و لم يدفع إليه شيئا، فعاد، و بيده أعراض يدعى شراءها فى ذمته و بقاء الثمن، و أنكر السيد فالأقوى قبول إقراره، نظرا إلى كونه أمينا و إلى شهاده الحال، و مقتضى الإذن، و لتضرر معامليه إن لم يقبل، و احتمل فى جامع المقاصد العدم لعدم حجيه شهاده الحال، و الضرر يدفع

بالإشهاد، قال: و ليس إقرار العبد بأولى من إقرار الوكيل. و فيه: منع عدم قبول إقرار الوكيل فى مثل ذلك.

نعم لو أقر العبد المأذون بأن ما فى يده ملك لفلان وديعه أو غصبا و نحوهما، ففى القبول إشكال كما فى جامع المقاصد أيضا من أنه كالوكيل، و من أن ما بيده لمولاه، و لعل الثانى لا يخلو من قوه، و لو اشترى المأذون للتجاره ففى الدروس طولب بالثمن و إن علم البائع كونه مأذونا بخلاف الوكيل، فإنه عرضه للزوال يعزل نفسه و فيه بحث بناء على ما سمعته سابقا من المسالك و غيره نعم لو طولب السيد جاز قطعا.

و لو أذن له السيد فى الابتياع انصرف إلى النقد و إن كان الأمر بالكلى ليس أمرا بجزئى معين، بل مقتضاه التخيير إلا أن النسيئه لما كانت أمرا زائدا على الابتياع- إذ هى إنما تكون بالشرط- لم يكن الإذن فيه إذنا بذلك، كغيره من الشرائط بخلاف النقد، فإنه ليس زائدا على طبيعه الابتياع، و لعل هذا أولى مما أجاب به الفاضل، لما أورد عليه قطب الدين الرازى بما سمعت من اقتضاء الأمر بالكلى التخيير، من أن البيع أعم، فلا يدل على النسيئه بإحدى الدلالات الثلاث.

إذ فيه أولا: أنه معارض بالنقد، و ثانيا: بأن عدم دلالته على النسيئه بالخصوص لا ينافى التخيير المزبور، كما فى سائر ألفاظ الكلى، و ثالثا: ما أورد عليه القطب من أنه لا يلزم من نفى الدلاله نفى الاستلزام، لجواز كون اللزوم غير بين، اللهم إلا أن يريد ما ذكرناه سابقا، لكن المحكى عنه أنه عدل عن هذا الجواب إلى جواب آخر و هو أنه اختص النقد بواسطه قرائن خارجيه عينيه و هى الإضرار بالمولى فى النسيئه بثبوت شى ء فى ذمته بخلاف النقد، لجواز أن لا يقدر المولى على غير ما دفعه إلى العبد من المال، أو لا غرض له فيه- و فيه منع الإضرار فى سائر الأحوال و ربما يكون له غرض و صلاح، على أن محل البحث مع التجرد عن القرائن، و إلا فهى لا ينضبط، و قد يكون الإذن فى الابتياع من دون أن يدفع إليه شى ء.

و بالجمله لا محيص عما ذكرناه سابقا الذى يؤيده فى الجمله

موثق الساباطى(۱)

---

۱- ۱ الوسائل الباب- ۲۰- من أبواب نكاح العبيد و الإماء الحديث- ۲.

المروى فى كتاب النكاح «عن أبى عبد الله عليه السلام فى رجل اشترى من آخر جاريه بثمن مسمى، ثم افترقا، قال: وجب البيع، و ليس له أن يطأها و هى عند صاحبها حتى يقبضها أو يعلم صاحبها، و الثمن إذا لم يكونا اشترطا فهو نقد»

فتأمل، و البحث فى البيع كالبحث فى الابتياع.

و لو أطلق له النسيئه كان الثمن فى ذمه المولى لأنه كالوكيل عنه و لهذا لو تلف الثمن الذى دفعه إليه لزم المولى عوضه لأن

تلفه بيد العبد كتلفه بيد السيد، و ليس المراد الثمن المعين، لأن تلفه يبطل البيع، فلا يلزم المولى عوضه من غير فرق بين تلفه بتفريط و غيره هذا. و فى المسالك «لو لم يكن السيد أذن بالشراء فى الذمه فاشترى بها، ثم تلف الثمن الذى دفعه إليه لم يلزم السيد بدله، و حينئذ فإن تبرع السيد و دفع ثانيا صح العقد له، لأن العبد حينئذ كالفضولى للسيد، و البيع و قع له، فإذا دفع الثمن صح له، و إلا فسخ البائع العقد».

و قد يشكل بأنه إن أجاز المولى لم يكن للبائع الفسخ، و إلا انفسخ البيع لنفسه و ليس للبائع إبقاء العقد راضيا بكون الثمن فى ذمه العبد يتبعه به بعد العتق، إذ ليس للعبد ذمه يشغلها اختيارا بمعاوضه من دون إذن السيد، بل و مع إذنه لا لأن المعامله سفهيه، إذ يمكن اقترانها بما يخرجها عن السفه بل لاقتضاء ذلك كون المبيع ملكا للسيد، لأن العبد لا يملك على الأصح، و الثمن على العبد فيملك المثمن حينئذ من لا يملك عليه الثمن، و ذلك فى المعاوضات غير جائز، اللهم إلا أن يدعى خروج الفرض عن هذه القاعده، باعتبار عرضيه عدم ملك العبد، و أن ذمه العبد للسيد باعتبار تسلطه على الحجر عليها.

لكن ظاهر أصحابنا عدم ذلك من غير فرق بين العبد و غيره. نعم ستسمع ما فى التذكره فى خصوص الضمان. و يمكن أن يكون ما سمعته من المسالك مأخوذا مما فى التذكره، قال: «لو أسلم إلى عبده ألفا للتجاره، فاشترى فى الذمه على عزم صرف الألف فى الثمن، فالأقرب أنه لا يجب على المولى دفع البدل، لأنه أذن بالمعامله بما دفعه، و هو ينصرف بالشراء بالعين.

لکن السید إن دفع ألفا آخر مضی العقد، و إلا فللبائع فسخ العقد، و هو أحد الأقوال الشافعیه، و الثانی: أنه ینفسخ العقد کما لو اشتری بألفین، لأن المولی حصر إذنه فی التصرف فی ذلک الألف، و قد فات محل الإذن، فبطل البیع، و الثالث: أنه یجب علی السید ألف آخر، لأن العقد و قع له، و الثمن غیر متعین، فعلیه الوفاء بإتمامه و لا بأس به إن کان السید قد أطلق له ذلک، بل هو المتعین حینئذ، و إلا فالوجه ما قلناه» و لعل مرادهما بقرینه مقابله وجوه الشافعیه الفضولی لا أن له الفسخ و عدمه مع فرض عدم إجازه السید و الله اعلم.

و کیف کان ف إذا أذن له فی التجاره، لم یکن ذلک إذنا لمملوک المأذون بناء علی أنه یملک، أو أن المراد من هو فی خدمته من عبید السید مجازا باعتبار صدق الإضافه بأدنی ملابسه، و علی التقدیرین فلیس الأذن له فی التجاره إذنا له لافتقار التصرف فی مال الغیر إلی صریح الإذن أو کالصریح، و لیس هذا منه لغه و لا شرعا و لا عرفا، بل لیس للمأذون استنابته کما انه لیس له استنابه غیره، لأن الإذن فی التجاره إنما وقعت له، و هی لا تقتضی إذنا فی التوکیل الذی لا یدخل تحت اسم التجاره فما عن أبی حنیفه- من أن للمأذون أن یأذن لعبده فی التجاره- واضح الضعف.

نعم قد تقضی القرائن فی بعض الأحوال أن المراد من الإذن فی التجاره ما یشمل الحاصل منها بالوکاله، خصوصا إذا کان الوکیل أحسن نظرا من المأذون، و ربما یؤدی نظر المأذون إلی الاعتماد علی نظر بعض الأشخاص، و مباشره الشراء له کما هو واضح و الله أعلم.

و لو أذن له فی التجاره دون الاستدانه ناصا علی ذلک أو مقتصرا فی الأذن علی ما یشملها فاستدان و تلف المال فی یده کان لازما لذمه العبد یتبع به بعد العتق الذی هو حال التمکن من الأداء علی المشهور بین الأصحاب نقلا و تحصیلا بل عن الخلاف الإجماع علی ذلک، لوجود سبب الضمان بالنسبه إلیه دون سیده، فیبقی الباقی علی أصاله براءه ذمته، بل الظاهر الإجماع علی عدم اشتغالها.

و إن کان قد قیل و القائل الشیخ فی النهایه أنه یستسعی العبد

فیه معجلا للغرور بالإذن بالتجاره الذی من الواضح منعه بحیث یستلزم الرجوع و ل صحیح أبی بصیر(۱)المتقدم آنفا المحمول- کما فی الریاض- علی علم المولی باستدانته مع عدم منعه عنه، الظاهر فی حصول الإذن منه له بالفحوی و لا کلام فیه، أو علی الاستسعاء برضا المولی کما أفصح عنه

خبر روح بن عبد الرحیم (۲)عن الصادق علیه السلام «فی رجل مملوک استتجره مولاه فاستهلک مالا کثیرا، فقال: لیس علی مولاه شی ء، و لکنه علی العبد، و لیس لهم أن یبیعوه، و لکن یستسعی، و إن حجر علیه مولاه فلیس علی مولاه شی ء و لا علی العبد»

و نحوه

خبر أبی بصیر(۳)لکن سؤاله «رجل استأجر مملوکا»

و فی ذیله «و إن عجز عنه فلیس علی مولاه شی ء و لا علی العبد شی ء» بدل قوله فی هذا الخبر «و إن حجر علیه»

إلی آخره، بل فی الوافی أنه یشبه أن یکون الخبران واحدا و قع فی أحدهما تصحیف، و الأمر سهل، أو علی تقیید الاستسعاء بعد العتق و إن کان قد یخدش الأول: بأنه مناف لإطلاق الصحیح المزبور أولا، و بأنه لا دلیل غیر الصحیح علی أن حکم إذن الفحوی ذلک و استفادته منه بعد عدم الشاهد و عدم ظهوره فیه کما تری، و

موثق وهب (۴)عن أبی جعفر علیه السلام «سألته عن مملوک یشتری و یبیع قد علم بذلک مولاه حتی صار علیه مثل ثمنه، قال: یستسعی فیما علیه»

إنما هو فیما کان فی أصل التجاره و لعله لا یقول به الخصم، فالمتجه حینئذ إلحاقها أی الفحوی بالإذن الفعلیه، أو العدم، بل الظاهر

الإلحاق فیما فرضه منها من علم المولی و عدم المنع، ضروره کونه رضا فعلیا بعد تسلیم أنه فحوی، فلم یفقد إلا التصریح المعلوم عدم دوران الحکم مداره، و الثالث: بأنه لا یجب الاستسعاء بعد العتق، إذ هو حینئذ کغیره من أفراد المعسر الذی ینتظر إیساره، و الثانی: بإمکان کون المراد من قوله و إن حجر إلی آخره أنه لا شی ء لهم علیه و لا علی مولاه إن کان قد أدانوه مع تحجیر مولاه علیه، اللهم إلا أن یدعی أن الظاهر الأول، و لا ینافیه الاحتمال و فیه منع بل

---

۱- ۱ الوسائل الباب- ۳۱- من أبواب الدین- الحدیث- ۱.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۳۱- من أبواب الدین- الحدیث- ۴.

۳- ۳ الوسائل الباب- ۱۱- من أبواب أحکام الإجاره الحدیث- ۳-.

۴- ۴ الوسائل الباب- ۳۱- من أبواب الدین- الحدیث- ۶.

لعل الظاهر ما ذكرناه و إن جزم بالأول فى الحدائق، و قيد الصحيح المزبور به حينئذ.

لكن فى المسالك حمل الصحيح المذكور على الاستدانه للتجاره، قال: «و يشكل بأن ذلك يلزم المولى من سعى العبد و غيره، و الأقوى أن استدانته لضروره التجاره إنما يلزم مما فى يده، فإن قصر استسعى فى الثانى، و لا يلزم المولى من غير ما فى يده، و عليه تحمل الروايه.

و فيه أولا: أن الروايه لا تقبل ذلك بعد تعليق السعى فيها على عدم الإذن، و ثانيا: أنه لا دليل على تقييد ضمان المولى بما فى يد العبد مع فرض الإذن، بل ظاهر الأدله خلافه، خصوصا موثق زراره(۱)منها، فلا ريب فى أن المتجه مع الإذن ضمان السيد مطلقا. و لعل الأولى من ذلك كله حمل خصوص الاستسعاء على

المأذون إذنا لا يراد منها إلا رفع الحجر عنه و الإثم عليه، لا أن المراد منها الإذن التى تشبه الوكاله فتأمل جيدا.

ثم إن ظاهر إطلاق المشهور عدم الفرق بين علم المدين بحاله و عدمه، خلافا لابن حمزه فيتبع به بعد العتق فى الأول، و يستسعى فى الثانى، قال فى الوسيله: المملوك إذا استدان لم يخل من ثلاثه أوجه: مأذون فى الاستدانه، أو فى التجاره دون الاستدانه أو غير مأذون، فالأول: حكم دينه حكم دين مولاه، و الثانى ضربان: فإن علم المدين أنه غير مأذون فيها بقى فى ذمته إلى أن يعتق، فإن لم يعلم استسعى فيه إذا تلف المال، و الثالث: يكون المال ضائعا إلا إذا بقى المال فى يده، أو كان قد دفع إلى سيده.

و هو- مع غرابته بالفرق بين الثالث و الأول من الثانى- واضح الضعف، إذ لا دليل له فى الثانى الذى هو محل الخلاف بينه و بين المشهور إلا ما سمعته دليلا للنهايه الذى قد عرفت قصوره عن إفاده ذلك، و لو أنه قال فى الأول بالضياع كالثالث لكان له وجه، باعتبار أن المالك هو الذى قد أقدم على إتلاف ماله، و إن كان قد يدفعه منع ذلك بعد فرض أن العبد له ذمه يتبع بها بعد العتق، فأدله الضمان بحالها.

---

۱- ۱ الوسائل الباب ۳۱- من أبواب الدين الحديث- ۵.

نعم لو مات العبد قبل العتق اتجه الضياع، مع أن الظاهر بقاء حكم المديونيه عليه، فللتبرع بالوفاء عنه و للاحتساب من الزكاه أو غيرها من الحقوق وجه فتأمل جيدا. و أما ما يحكى عن أبى الصلاح من التفصيل بين المأذون فى الاستدانه و عدمه، فالأول على المولى و الثانى يتبع به بعد العتق من غير تعرض للتجاره فمرجعه إلى المشهور، كما هو واضح، و كذا ما فى المختلف، و القواعد، و جامع المقاصد من أنه إن استدان لضروره التجاره كان على المولى، و إلا يتبع به بعد العتق، ضروره كون المنشأ فى ذلك حصول الإذن فى الأول و لو لأن الإذن فى الشى ء إذن فى لوازمه و عدمه فى الثانى، و مراد المصنف- و غيره ممن أطلق التبعيه به بعد العتق- الاستدانه فيما لا اذن للمولى فيه، كغير الضرورى للتجاره، أو الأعم منهما، بناء على أن وجوده ضرورى للتجاره لا الاستدانه له.

و على كل حال فهو نزاع فى موضوع خاص، لا أصل المسأله، فإن الجميع متفقون على أن استدانه المأذون فى التجاره على المولى إن كان قد أذن له فيها، و إلا فعلى العبد يتبع بها بعد العتق.

نعم ما سمعته من المسالك ظاهر فى مخالفه إطلاق المتن و غيره، بل لم أجد له موافقا عدا ما فى الدروس فى الجمله، فإنه قال تاره: «و لو اجتمع إذن السيد و رضا المستحق فإن كان نكاحا فسيأتى إنشاء الله، و إن كان غيره، فإن كان بيده مال التجاره تعلق بها، لأن موجب الإذن فى الالتزام الرضا بالأداء. و أقرب ذلک ما فى يده، و هل يتعلق بكسبه من احتطاب و احتشاش و التقاط، اشكال، لعدم تناول الإذن فى التجاره إياه، و أنه بالإذن صار الجزء المؤدى من كسبه» و أخرى «و لو ركبه أى المأذون الديون، لم يزل ملك السيد عما فى يده فيصرف فى الديون، فإن فضل عنه شى ء استسعى على قول الشيخ فى النهايه. ل صحيحه أبى بصير(۱)و فى المبسوط يتبع به إذا تحرر، و

فى روايه عجلان (۲)«إن باعه السيد فعليه، و إن أعتقه فعلى المأذون،»

---

۱- ۱ الوسائل الباب- ۳۱ من أبواب الدين الحديث- ۱.

۲- ۲ الوسائل الباب ۴۵ من أبواب العتق الحديث- ۱.

و قال الفاضل. يلزم المولى».

و هى كما ترى فيها اضطراب من وجوه، و التحقيق ما أومأنا إليه، من حمل نصوص الاستسعاء على ما سمعت، و ما دل على التزام المولى على ما عرفت، و ربما كان فى خبرى (۱)طريف إيماء فى الجمله إلى ما ذكرنا، ضروره أن وجه التزام المولى لو باعه أى المأذون إذنا يراد منها رفع الحجر الحيلوله بين أرباب الدين و بينه، بخلاف ما لو أعتقه فتأمل جيدا. و الله أعلم.

و من ذلك ظهر لك الحال فيما لو لم يأذن له فى التجاره و لا الاستدانه و الحال أنه استدان فتلف المال فى يده، إذ لا إشكال فى كونه إذا كان كذلك لازما لذمته يتبع به لعموم أدله الضمان دون المولى للأصل و غيره بل و لا خلاف فيه، و إن قال الشيخ: «انه يذهب ضياعا» لكن فسره فى السرائر بما فى المتن.

نعم ربما يظهر غير ذلك من الضياع فى عباره الوسيله السابقه، مع أنه يمكن حمله عليه، فيرتفع الخلاف حينئذ، و على تقديره فهو فى غايه الضعف لمنافاته أدله الضمان السالمه عن المعارض هذا.

و لكن فى الرياض «أنه لو بادر إلى الاستدانه من دون إذن بالمره، لزم فى ذمته و يتبع به إذا أعتق، و لا يلزم المولى شى ء بلا خلاف. للأصل و صحيح أبى بصير و موثق وهب(۲) ثم قال بعد نقلهما: «إن ظاهرهما أنه يتبع به حال الرق بالاستسعاء، و به أفتى ظاهرا بعض الأصحاب، و يشكل برجوعه إلى ضمان المولى فى الجمله، فإن كسبه له بالضروره».

و يمكن دفعه بجواز التزامه فى صوره علم المولى باستدانته مع عدم منعه عنها الراجع إلى الأذن بالفحوى، كما هو ظاهر الموثقه و الصحيحه، و إن كانت الإضافه إلى إذن الفحوى مطلقه أو عامه إلا أنها محتمله للتقييد بالصوره المزبوره جمعا بين الأدله، و يفرق حينئذ بين الأذن الصريح و الفحوى، باستلزام الأول الضمان على السيد مطلقا مع عجز المملوك عن السعى أصلا و عدمه، و اختصاص الضمان عليه بصوره

---

۱- ۱ الوسائل الباب ۳۱ من أبواب الدين الحديث ۲- ۳.

۲- ۲ الوسائل الباب ۳۱ من أبواب الدين الحديث ۶.

قدره العبد علی السعی و عدمه مطلقا مع العجز، علی الثانی، هذا.

و

فی الصحیح (۱)«فی الرجل یستأجر مملوکا فیستهلک مالا کثیرا؟ فقال: لیس علی مولاه و لیس لهم أن یبیعوه، و لکن یستسعی و إن عجز عنه فلیس علی مولاه شی ء و لا علی العبد شی ء»

و نحوه الخبر(۲)، لکن تبدیل عجزه عنه- حجر علیه مولاه و علیه یمکن حمل الخبرین الآمرین بالسعی علی صوره رضا السید، و إلا فیتبع به بعد العتق، و هو غیر بعید لو لم یکن فی السند قصور. و فی المتن تصحیف، هذا و ربما یحمل الاستسعاء علی ما بعد العتق، فیندفع الأشکال، و لکن یلزم آخر، و هو: عدم استسعاء الحر فیما علیه، إلا أن یکون هذا مستثنی، لکنه فرع ظهور الخبرین فی الحمل، و هو محل نظر، بل لعلهما فی الاحتمال الأول ظاهران کما لا یخفی.

قلت: إذا أحطت خبرا بجمیع ما ذکرنا تعرف أن کلامه محل للنظر من وجوه منها- ما قد عرفت من أنه لا إشکال نصا و لا فتوی فی أن غیر المأذون فی التجاره و الاستدانه دینه علیه، یتبع به بعد العتق، و موضوع خبر أبی بصیر، المأذون فی التجاره دون الاستدانه الذی قد عرفت البحث فیه. نعم ما ذکره من الوجه فی توجیه النصوص جید إن کان یرجع إلی ما ذکرناه سابقا، و إلا فهو محل للنظر أیضا، و بالجمله کلامه فی غایه التشویش، و کان المسأله غیر محرره عنده، و لا غرو بعد ما سمعت من کلام غیره کالشهید فی الدروس و غیره. و الله أعلم.

## [فرعان ]

### اشاره

فرعان قد تقدم حکم

### [الفرع الأول إذا اقترض أو اشتری بغیر إذن کان باطلا]

الأول منهما: و هو ما إذا اقترض العبد أو اشتری بغیر إذن سیده أو إجازته کان باطلا و حینئذ ف تستعاد العین مع بقائها ان شاء المالک، ضروره أن له إباحتها له، مضمونه علیه، إذ لیس هو کالطفل لا تصح الإباحه له بعوض، و أنه متی سلطه المالک لم یکن له ضمان علیه، و السفه بالرضا

---

۱- ۱ الوسائل الباب ۱۱ من أبواب أحکام الإجاره الحدیث- ۳.

۲- ۲ الوسائل الباب ۳۱ من أبواب الدین الحدیث- ۴.

بالضـمان- الذی قد یذهب المال معه ضیاعا- یمکن فرض ارتفاعه، و دعوی- امتناع کل معامله مع العبد و إن لم تفد تملیکا- لا دلیل علیها، إلا نفی القدره فی الآیه(۱)المستفاد منه الحجر مطلقا من غیر فرق بین ذمته و غیرها، و فیه بحث قد تقدم سابقا، و قد صرح فی ضمان التذکره، بصحه ضمان العبد من دون إذن سیده لکونه تصرفا فی ذمته و لا ضرر فیه علی السید.

و علی کل حال فإن تلفت العین فی ید العبد یتبع بها إذا أعتق و أیسر و لا یلزم المولی شی ء بلا خلاف، إلا إذا کان العبد مأذونا بالتجـاره، ففیه البحث السـابق و کـأن المصـنف أعاد هـذا الفرع مع ذکره سابقا للنص علی بطلان الشـراء و القرض، خلافا لبعض الشافعیه، فصححه مع القول بأن العبد لا یملک، لأنه تصرف

فی ذمته علی وجه لا یضـر السید، فالعین المشتراه حینئذ ملک للسید، و کذا المقترضه مع قبضها و إن کان العوض فی ذمه العبد، إلا أن المحکی عنه جواز رجوع البائع و المقرض بالعین، لإعسار العبد.

و فیه: أنه لاـ یتم مع العلم بحاله، و قبض السـید للعین المقترضه فأراد المصـنف التنبیه علی فساد قوله بالتصـریح ببطلان الشـراء و القرض، للحجر علیه، و لعـدم أهلیه العبـد للملـک، و أنه لاـ معنی لملک المولی بغیر عوض أصـلا کما أنه لا معنی له بعوض فی ذمته مع عـدم رضـاه، بـل و لاـ معنی له و العوض فی ذمه العبـد، لامتنـاع حصول ملک المعاوضه لمن لم یکن العوض منه، و إن کانت المقدمه الأخیره لا تخلو من بحث، کما أن دعوی الحجر علیه حتی بالنسبه إلی ذلک کذلک. و الله أعلم.

### [الفرع الثانی إذا اقترض مالا فأخذه المولی فتلف فی یده کان المقرض بالخیار]

الفرع الثـانی: إذا اقترض مالاـ فأخـذه المولی فتلف فی یـده، کـان المقرض بالخیـار بین مطالبه المولی، و بین اتباع المملوک إذا أعتق و أیسـر لثبوت ید کل منهما علی المال بغیر حق، فإن رجع علی المولی قبل أن یعتق العبد، لم یرجع المولی علی العبد بشی ء و إن کان غار إله کما قیل، بل ظاهرهم أنه مفروغ منه، من عدم تعلق ضمان العبد لمولاه، و ثبوت المال له علی ماله، و لا دلیل علی تجدده بعد العتق.

---

۱- ۱ سوره النحل الآیه- ۷۵-.

نعم لو كان الرجوع عليه بعد عتق العبد، و الفرض أنه كان مغرورا له، اتجه رجوعه عليه للغرور، كما أنه لو رجع على العبد بعد عتقه، اتجه له الرجوع على سيده إذا لم يكن قد غره، لاستقرار التلف في يده.

و إشكال الأخير بأن الرجوع و إن كان حال الحريه إلا أن ابتداء الثبوت في ذمه السيد بالتلف في حال الرقيه التي لم يكن العبد يستحق معها كاشكال سابقه بأن رجوع السيد على العبد و إن كان في حال حريته، إلا أن ابتداء الثبوت في حال الرقيه التي لا يتصور ملك السيد لها على مملوكه.

- يدفعهما معا منع الثبوت قبل الرجوع، و إن كان لتمام تحقيق ذلك- و تحقيق الضمان في الأيدي المتعاقبه على معنى مشغول الذمه بحيث يكون دينا عليه هل هو من كان القرار عليه، و غيره انما يستحق الرجوع عليه، لا أنه مشغول الذمه، أو أن الجميع قد اشتغلت ذممهم و ان برأت بدفع البعض، أو أن الخيار بيد صاحب المال، أو غير ذلك- محل آخر و الله أعلم.

### [خاتمه أجره الكيال و وزان المتاع على البائع ]

خاتمه لا خلاف في وجوب أجره الكيال و وزان المتاع و العداد و الذراع مع توقف التسليم عليها على البائع سواء كان المبيع كليا في الذمه أو جزئيا معلوما من صبره مشتمله عليه، أو غير ذلك، و في وجوب أجره ناقد الثمن و وزانه و كياله و عداده على المبتاع للمقدمه، لكن قد يستشكل في النقد، بعدم وجوبه اعتمادا على أصاله الصحه، و يدفع بأنه يجوز القبض لها لا أنه يجب ذلك، للأصل، و لأن الواجب تسليم الصحيح، و لانه قد يمتنع على القابض إثباته أن المعيب من المقبوض.

و كذا لا خلاف في وجوب أجره بائع الأمتعه الناصب نفسه لذلك على البائع مع أمره له، بل إذنه فيه، و عدم قصد التبرع من العامل، لاحترام عمل المسلم الموجب لذلك شرعا، و ان لم يكن قد استحضر الآمر العوض بل و لا

المأمور، بل مقتضى ذلك و ان لم يكن ناصبا نفسه لذلك مع كون العمل مما له أجره فى العاده، و كذا الحال فى أجره مشتريها أى الأمتعه فإنها على المشترى مع أمره أو إذنه على نحو ما تقدم فى البائع و إطلاق المقنعه و الوسيله كون أجره الدلال على المبتاع و المنادى على البائع منزل على ما ذكرنا قطعا.

و لو تبرع الدلال أو غيره بأن فعل لا بقصد الأجره لم يستحق اجره قطعا للأصل و لو أجاز المالك بيعه، نعم قد يتجه استحقاق الأجره إذا كان قد فعل بقصدها فضولا عن المالك و قد أجازه، إذ هو كغيره من أفراد الفضولى الذى تؤثر فيه الإجازه اللاحقه، بل قد يحتمل تأثير الإجازه فى الفعل الذى لم يقصد به التبرع، بناء على جريانها فى العقود و الأفعال. لكن على كل حال لا تلازم مع هذا القصد اجازه نفس البيع و اجازه الجعل، فله الاقتصار على الأول دون الثانى.

و قد ظهر من ذلك كله أنه إذا باع الدلال أمتعه شخص على حسب ما قدمنا و اشترى أمتعه أخرى لآخر فأجره ما بيع على الآمر بالبيع و أجره الشراء على الآمر بالشراء إذ لا مانع من تعدد الدلالتين بالجعل فى السلعتين و (۱۱) إن كان الدلال و أحدا. نعم لا يتولاهما الواحد (۱۲) فى السلعه الواحده، بأن يكون سمسيرا(۱)لبائعها، و سمسيرا لمشتريها، لاقتضاء سمسره كل منهما مراعاه مصلحته المنافيه لمصلحه الآخر، ضروره ابتناء البيع على المغالبه و المماكسه، فمصلحه كل منهما بغير الأخرى، فلا يكون اجتماعهما حتى يصح أخذ الجعل للواحد عليهما.

و ربما أشكل ذلك بإمكان كون السعر منضبطا فى العاده على وجه لا يزيد و لا ينقص، فيكون المراد من الدلاله للبائع مثلا وجود المشترى، و من الشراء و جود البائع، أو أنهما اتفقا على سعر مخصوص، فيكون المراد إيقاع العقد.

و قد يدفع- مع أن ذلك خلاف الغالب، بل يمكن منع السمسره فيه، بل

---

۱- ۱ السمسار: المتوسط بين البائع و الشارى و الساعى للواحد منهما فى استجلاب الأخر، و هو غير الدلال، معرب- سيب سار- بالفارسيه أقرب الموارد.

یمکن القطع بعـدمها فی الثـانی- أنه ینبغی أن یعلم أنه لاـ تأمل فی جواز أخـذ الأجرتین علی الإیجاب و القبول، بناء علی صـحه الاستیجار علی مثله، خلافا للمحکی عن عمید الدین، فمنع الإجاره علیه لعدم کونه مما یستأجر علیه عاده، و ضعفه واضح.

فلیس المراد حینئذ بعدم تولیتهما الواحد أنه لا یجوز أخذ الجعلین لواحد علی الإیجاب من البائع و علی القبول من المشتری.

و دعوی- أن ذلـک عمـل واحـد فهی إجـاره واحـده موزعه علیهـا- یـدفعها أن ذلـک تغییر لفظی، لاـ یلیق حمل عبارات أعیان الأصـحاب علیه، مع أنه یمکن منع کونه إجاره واحده، بل هما عملان مسـتقلان قد یختلفان فی الجعل، و قد یتفقان، و قد یجعل لأحدهما دون الآخر، بل المراد أنه لا یتولی الجعل علی البیع و علی الشـراء، الواحد، ضـروره اقتضاء الجعل علی البیع کونه جعلا علی الأـثر الحاصل من تمام الإیجاب و القبول، و هو متحـد بالنسـبه إلی البائع و المشتری، فتحصـیل قبول المشتری مسـتحق علی الـدلال بالجعـل علی البیع، فلیس له أن یأخـذ جعلاـ منه علیه، و کـذلک العکس، بل هو کما لو جعل له جعلا علی بیعه من زید الـذی من الواضح عدم جواز أخذ جعل من زید علی شـرائه له، و الفرق بینه و بین ما یمکن فیه بالخصوصـیه و عدمها غیر مجد، بعد اشتراک عله المنع.

فمن هنا قال الأصحاب: لا یتولاهما الواحد، أی لا یتولی الواحد الجعل علی تمام البیع من البائع و المشتری، و لکن لا بأس بتولی الاثنین ذلک، علی أن یأخـذ کل منهما الجعل من کل منهما علی تمام البیع، فیکون فعل کل منهما مقـدمه لتحصـیل الأثر للآخر الذی یستحق به الجعل علی من جعل له فتأمل جیدا. فإنه دقیق نافع فی عموم المنع لأفراد المسأله مضافا إلی ما یشعر به

مرسـل ابن أبی عمیر(۱)عن بعض أصـحابنا «قـال: اشتریت لأـبی عبـد الله علیه السـلام جـاریه فنـاولنی أربعه دنانیر فأبیت قال: اما لتأخذنها فأخذتها، فقال: لا تأخذ من البائع».

---

۱- ۱ الوسائل الباب ۱۸- من أبواب أحکام العقود الحدیث- ۱- باختلاف یسیر.

و لو فرض أن كلا- من البائع و المشترى قد جعلا- له جعلا- فإن كان المراد الإيجاب و القبول لم يكن إشكال فى جواز أخذ الجعلين منهما تقارن أمرهما أو تلاحق، و إن كان المراد الجعل على تمام البيع فليس له الرجوع إلا على من قصد العمل له، و الرجوع عليه، كما يومى إليه ما فى التحرير و ليس له أن يأخذ عن سلعه واحده أجرتين من البائع و المشترى، بل يأخذ ممن يكون عاقدا له و وكيلا فتأمل.

و مع فرض قصدهما معا احتمل سقوط الأجره من رأس، و توزيعها عليهما و تقديم السابق. و قد يحتمل استحقاقهما معا إذا كان المقصود الجعل من كل منهما على تمام العمل، على معنى أنه لم يرض بإيقاع العمل إلا بالجعلين، فهو كالجعاله الواحده من شخصين على عمل واحد، و لا- ينافى ذلك ما قلناه سابقا المبنى على فرض رضاه بكل من الجعالتين على تمام العمل من دون علم الآخر، لا أنها جعاله واحده منهما معا على العمل، فتأمل جيدا.

و قد ظهر من ذلك النظر فى جمله من عبارات الأصحاب، ففى التنقيح «فى بعض نسخ الكتاب: أى النافع «و لا يجمع بينهما الواحد: أى لا

يجمع بين الشراء و البيع الشخص الواحد، فيكون موجبا قابلا، و المشهور- لواحد- بغير ألف، و له حينئذ تفسيران، أحدهما: أنه لا يجمع بين الأجرتين الشخص الواحد، بمعنى أنه لا يأخذ أجره البيع من الإذن فيه كلها، و لا أجره الشراء من الإذن فيه كلها، بل يأخذ من كل واحد أجره ما فعل له، فيأخذ أجره الإيجاب من الإذن فى البيع، و أجره القبول من الإذن فى الشراء، و ثانيهما: إذا أمراه بالبيع و الابتياع، فالأجره على السابق، و إن اقترنا و كان الغرض توليه طرفى العقد، فالأجره عليهما، و كذا إن تلاحقا و كان الغرض مجرد العقد، و إن لم يكن الغرض مجرد العقد بل السمسره لكل منهما، فللواسطه أجرتان على قدر العملين».

و فيه نظر من وجوه، و إن كان قد أخذ كثيرا من ذلك من الدروس، فإنه قال:

«و أجره الدلال على آمره، و لو امراه فالسابق، فإن اقترنا و كان الغرض توليه طرفى العقد فعليهما، و كذا لو تلاحقا و كان مرادهما مجرد العقد، و لو منعنا من توليه

الطرفين امتنع أخذ أجرتين، و عليه يحمل كلام الأصحاب أنه لا يجمع بينهما لواحد».

لكنه كما ترى خصوصا و قد عبر بذلك من يرى جواز تولى الطرفين. على أن الكلام فى الدلال الذى هو السمسير لا مجرد متولى العقد، و الأصل فى تعرض متأخرى الأصحاب لذلك ما فى المقنعه و النهايه، «و من نصب نفسه لبيع الأمتعه كان له أجره البيع على البائع، دون المبتاع، و من نصب نفسه للشراء كان أجر ذلك على المبتاع فإن كان وسيطا يبتاع للناس و يبيع لهم، كان له أجره على ما يبيع من جهه البائع، و أجره على ما يشترى من جهه المبتاع».

و فى السرائر «ليس قصد شيخنا فى ذلك أن يكون فى عقد واحد بائعا مشتريا، بل يكون تاره يبيع، و تاره يشترى فى عقدين، لأن العقد لا يكون إلا بين اثنين».

و فى المختلف بعد أن حكى ذلك عنه قال: «ليس بجيد، لأنا نجوز كون الشخص الواحد وكيلا للمتعاقدين، كالأب يبيع على ولده من ولده الأخر و حينئذ يستحق أجره البيع على ما أمره و أجره الشراء على ما أمره، و قوله: العقد لا يكون إلا بين اثنين، قلنا: مسلم: و هو هنا كذلك لتعدد المسبب كالأب العاقد عن ولديه».

قلت: لا ريب فى أن مراد الشيخ ما ذكره ابن إدريس، كقوله فى الوسيله: و من نصب نفسه للأمرين، فأجرته على من عمل له، و إن لم يكن لما ذكره من العله السابقه، بناء على أن مراده منها ما فهمه منها فى المختلف، كما أنه لا ريب فى ضعف ما فى المختلف، بناء على إرادته استحقاق الأجرتين فى الفرض الذى قد أوضحنا منعه سابقا، و يمكن إرادته الأجره على الإيجاب، و الأجره على القبول و لا بحث فيها.

لكن فى الرياض قد حكى عنه صريحا و المحكى عن المحقق الثانى، و ظاهر النهايه القول باستحقاق الأجرتين على تمام البيع، نظرا إلى أن الأمر بالعمل اقدام منه على التزام تمام الأجر بحصول المأمور به، و رضائه بذلك، و لا مدخل لاتحاد العمل، و كأنه مال إليه فقال: و لعله غير بعيد سيما مع كون متعلق الأمرين طرفى الإيجاب و القبول، و جهل أحدهما بأمر الآخر.

و فيه ما عرفته سابقا، بل ليس فى جامع المقاصد ما أرسله عنه، بل ظاهره

أو صريحه ما قلناه، كما أنک قد عرفت کون مراد النهايه ذلک أيضا، بل هو محتمل المختلف إلى غير ذلک من کلماتهم التى يعرف ما فيها من الإحاطه بما ذکرنا و الله أعلم.

و كيف كان ف إذا هلک المتاع فى يد الدلال من غير تفريط لم يضمنه بلا خلاف و لا إشكال لأنه أمين نعم لو فرط ضمن و لكن لو اختلفا فى التفريط و عدمه كان القول قول الدلال مع يمينه كما فى كل أمين ما لم يكن بالتفريط بينه فتقدم حينئذ على قوله كما هو واضح و كذا لو ثبت التفريط و اختلفا فى القيمه كان القول قوله أيضا لأصاله براءه ذمته من الزائد ما لم يكن بينه، فتقدم على قوله.

و بالجمله حكمه حكم غيره من الأمناء و غيرهم، لكن فى المقنعه و النهايه أنه إن قال له المالک: بعه نسيئه بدراهم مسماه فباعه نقدا بدون ذلک كان مخيرا بين أن يفسخ البيع، و بين أن يمضيه، و يطالب الواسطه بتمام المال؛ و فيه: أنه ليس له سبيل على الواسطه بالتمام بعد الإجازه، اللهم إلا أن يريدا به تمام ما باعه به و كان الواسطه قابضا و قد أجاز البيع و القبض؛ و فيهما أيضا أنه إن قال: بع هذا المتاع و لم يسم له ثمنا، فباعه بفضل من قيمته، كان البيع ماضيا، و إن باعه بأقل من قيمته كان ضامنا لتمام العقد حتى يسلمها إلى صاحب المتاع على الكمال، و هو كما ترى.

و لذا نسبه فى التحرير إلى الرداءه و يمكن تأويلها إلى الضوابط، و فيهما أيضا «أنه إن اختلف الواسطه و صاحب المتاع فى القول بالبيع بكذا، كان القول قول صاحب المتاع بيمينه، و له أن يأخذ المتاع إن وجده بعينه، فإن كان قد أحدث فيه ما ينقصه أو يستهلكه ضمن الواسطه من الثمن ما حلف عليه صاحب المتاع» و فيه: أنه لا وجه لضمان الواسطه ذلک، لما عرفت إلى غير ذلک مما فى المقنعه و النهايه مما لا يوافق الضوابط، و كذا الوسيله فلاحظ و تأمل. و الله أعلم بحقيقه الحال.

## [کتاب الرهن ]

### اشاره

کتاب الرهن الذی هو مصدر رهن أو اسم للشی ء المرهون الذی یجمع علی رهان. کسهم و سهام، و ربما قیل: و رهن لکن عن الأخفش أنه قبیح، لعدم جمع فعل علی فعل إلا قلیلا:

کسقف و سقف، بل هو جمع الجمع.

و علی کل حال فتمام النظر فیه یستدعی فصولا

### [الفصل الأول فی الرهن ]

الأول: فی الرهن و هو لغه الثبات و الدوام و فی المسالک «و عن المصباح المنیر: أو الحبس بأی سبب کان، قال الله تعالی (۱)«کُلُّ نَفْسٍ بِما کَسَبَتْ رَهِینَهٌ» و أخذ الرهن الشرعی من هذا المعنی أنسب إن افتقر إلی المناسبه» قلت: لیس له معنی شرعی جدید یحمل علیه لفظه فی الکتاب و السنه کما حرر فی محله، و إن طفحت عباراتهم بأنه شرعا وثیقه لدین المرتهن لکن لا یریدون بذلک أنه حقیقه شرعیه بل المراد حقیقه عند المتشرعه.

و لذا نسبه فی المحکی عن مجمع البحرین إلی عرف الفقهاء، و تسامحوا فی تعریفه، المقصود منه مجرد التصویر و التمییز و لو بذکر الشرائط فیه، فلا یناسب الإیراد علیه بلزوم الدور فیه، بذکر المرتهن فیه الذی یمکن تغییره بصاحب الدین أو من له الوثیقه، و بأنه غیر شامل للرهن علی الدرک و الأعیان المضمونه مما لیس دینا الذی تسمع البحث فی صحه الرهن علیهما و عدمه، و بنحو ذلک.

بل نوقش فی لفظه بعدم المطابقه فیه بین المبتدإ الذی هو لفظ مذکر، و الخبر الذی هو لفظ الوثیقه المؤنث، مع أنه قد یدفع بأن لفظ الوثیقه یستوی فیه التذکیر و التأنیث فی الاستعمال، کما صرح به بعضهم، فخرجت التاء عن التأنیث، بل قیل:

إن التاء فیها للنقل من الوصفیه إلی الاسمیه.

و علی کل حال فلا ینبغی الالتفات إلی هذه المناقشات بعد أن کان الرهن باقیا

---

۱- ۱ سوره المدثر الآیه- ۳۸-.

على معناه اللغوى، و إنما اعتبر الشارع فيه شرائط للصحيح منه، فهو حينئذ هنا حبس العين باللفظ المخصوص، أو الانحباس، أو اللفظ الدال على ذلك على حسب ما سمعته فى البيع، لا نفس الوثيقه التى هى معنى اسمى له، خارج عما نحن فيه من البحث عن العقود، فلا بد من حمل عباره المصنف على إراده جنس الوثيقه، أو نحو ذلك مما ينطبق على العقود.

و المراد كما ستعرف فيما يأتى من الوثيقه للدين ما يستوفى منها، لا أن المراد يستوفى بسبب حبسها، و إن لم يصلح الاستيفاء منها، كأم الولد، و العين الموقوفه و نحوهما، و لا إشكال فى ثبوته: أى الرهن فى الجمله، بل الإجماع بقسميه عليه، بل لعله من ضروريات المذهب أو الدين.

كما لا ـ ريب فى أنه يفتقر عقده إلى الإيجاب و القبول بل قد يظهر من المتن و من عبر كعبارته توقف صدقه أو صحته على ذلك، بل صرح بعضهم بذلك، و مقتضاه عدم جريان المعاطاه فيه لكن صرح فى التذكره بأن الخلاف فيها فيه كالخلاف فى البيع.

و أشكله فى جامع المقاصد بأن البيع ثبت فيه حكم المعاطاه بالإجماع، بخلاف ما هنا.

و فيه أنه يمكن دعوى السيره عليه هنا أيضا كالبيع، بل لا بأس بالتزام الفرق بينها و بين العقد، بجواز الرهن الحاصل بها بخلافه، و إن كان لا يخلو من تأمل، ضروره صدق الرهن على الحاصل بها، فيشمله أدله اللزوم الذى هو مقتضى السيره أيضا و لعلهم تركوا التعرض لها هنا لعدم الفرق بينها و بين العقد فى الحكم.

لكن قد عرفت سابقا أن التحقيق عدم كون المعاطاه فى البيع و غيره فردا من مسمياتها، و على تسليمه فهى ليست من الصحيح منه، ضروره اعتبار العقديه فى تحقق مفهومه، كما هو المنساق من نحو المتن، فى صحته، فلا يجرى حينئذ شى ء من أحكامه عليها، و إلا لزم تعدد مفهوم البيع و لو من جهه الأحكام، و هو مقطوع بعدمه، بملاحظه الأدله، الظاهره فى أنه وحدانى كما هو واضح.

و كيف كان ف الإيجاب: كل لفظ دل على الارتهان، كقوله: رهنتك أو هذه وثيقه عندك، أو ما أدى هذا المعنى كوثقتك، و هذا رهن عندك، بل و أرهنت، بناء على ما فى المسالك و التنقيح من أنها لغه قليله، و زاد فى المسالك:

«أنه لا يبلغ شذوذها حد المنع، و أنها أوضح دلاله من كثير مما عدوه».

و عن الصحاح و المصباح و القاموس: رهن و أرهن بمعنى، فما عن المهذب البارع من أنه لا يقال: أرهن- اجتهاد فى مقابله النص، و نفى لا- يعارض الإثبات، مضافا إلى ما تعرفه من التسامح فى عقد الرهن فى الجمله، حتى استقرب فى التذكره، عدم اشتراط اللفظ العربى فيه، و وافقه فى الدروس: فلا شك حينئذ فى تناول العقود.

للعقد بها.

بل فى الدروس «لو قال: خذه على مالك، أو بمالك، فهو رهن، و لو قال:

أمسكه حتى أعطيك مالك فأراد الرهن جاز، و لو أراد الوديعه أو اشتبه فليس برهن» و لعل ذلك كله- كما فى المسالك- لأن الرهن ليس على حد العقود اللازمه، لأنه و إن كان لازما من طرف الراهن، لكنه جائز من طرف المرتهن، فترجيح جانب اللزوم، و لزوم ما يعتبر فى اللازم ترجيح من غير مرجح، خصوصا مع البحث فى اعتبار ما ذكروه فى اللازم، فيبقى حينئذ على مقتضى عموم الوفاء بالعقود، الشامل لكل ما قصد به عقد الرهن من الألفاظ من غير اعتبار لفظ مخصوص، و لا صيغه خاصه.

لكن فيه أن ترجيح جانب الجواز أيضا ترجيح من غير مرجح، و الأصول تقتضى عدم لحقوق أحكام الرهن، و المراد من العقود المأمور به بالوفاء بها المتعارفه نوعا و صنفا، فالمعلوم منها و لو بمعونه كلام الأصحاب يجب الوفاء به، و ما لم يعلم فضلا عن المعلوم عدمه لا يجب الوفاء به، اللهم إلا أن يمنع ذلك، و يقال: إنه إن سلم إراده المتعارف منها، فالمراد المتعارف نوعها: أى البيع و الإجاره و الصلح و نحوها، و أما بالنسبه إلى ما ينعقد به كل واحد منها فاللفظ شامل لكل ما قصد به العقد من الألفاظ إلا ما علم خروجه، أو حصل الشك فى تناول العام له من شهره عظيمه و نحوها، كما ادعوه فيما عدا الصيغ الخاصه للعقود اللازمه.

و بالجمله مدار المسأله على ذلک، و لا ریب فی أن الاحتیاط یقتضی الأول، و الظن یقوى فی الثانی، إلا أن الظاهر اعتبار العربیه فیه على القولین لانصراف الإطلاق إلیه، بل فی جامع المقاصد «تمنع صدق العقد على ما کان باللفظ العجمی مع القدره على العربی» أما الماضویه فقد اعتبرها فی التذکره، بل ربما استظهر ذلک و المقارنه و تقدیم الإیجاب على القبول، و العربیه، من المبسوط، و فقه الراوندی، و الوسیله و الغنیه، و السرائر، و جامع الشرائع، و النافع، و الإرشاد، و التبصره، و غیرها، مما اقتصر فیه على اعتبار الإیجاب و القبول، بدعوى انصرافهما إلى ذلک کله، و إن کان فیه ما فیه.

بل ما فی التذکره لا ینطبق على ما صرح بجوازه فیها، من هذا رهن، أو وثیقه عندک، و لو قیل: إنهما بمعناه أو أدل منه- من حیث دلاله الاسمیه على الثبوت- رد بأنه قد شرط لفظ الماضی لا معناه، و بأن ذلک یستلزم جواز البیع بها، بأن یقول هذا مبیع لک بکذا، و هو لا یقول به نعم، یمکن أن یقال: إنه احترز بالماضی عن المستقبل خاصه، کما یشعر به قوله بعده بلا فصل، فلو قال: أرهنک کذا أو أنا أقبل لم یعتد به أو هو مع الأمر، و إن کان قد سمعت من الشهید جوازه، کما أنک سمعت مدار الأمر فی المسأله.

و کیف کان ف لو عجز عن النطق بالإیجاب، و لو لخرس عارضی کفت الإشاره المفهمه للمقصود بأی عضو کان بلا خلاف أجده فیه، لقیامها حینئذ مقام اللفظ کما یفهم ذلک مما ورد فی تلبیه الأخرس و تشهده.

و لو کتب بیده و الحال هذه و عرف ذلک من قصده جاز أیضا، لأنه من الإشاره أو أولى منها أو مساو لها، و لا یجزی شی ء منهما مع عدم العجز قطعا، لحصر الشارع،

المحلل و المحرم، فی الکلام (۱)

و دلیل البدلیه خاص بحال العجز، فمن الغریب دعوى بعض متأخری المتأخرین الجواز فیه أیضا مدعیا عدم الدلیل بالخصوص

---

۱- ۱ الوسائل الباب- ۸ من أبواب أحکام العقود الحدیث- ۴.

على حال العجز، فليس إلا الاكتفاء بكل ما يدل على الرضا، و هو عام للحالين و فيه ما لا يخفى.

و أما القبول ف هو كل لفظ دل على الرضا بذلک الإيجاب و الكلام فيه كما فى الإيجاب، بل قد يظهر من المتن و غيره توسعه الأمر فيه أزيد من الإيجاب، حيث جعله هو الرضا من دون اعتبار لفظ دال عليه، فضلا عن أن يكون مخصوصا، و لعل الفارق بينه و بين الإيجاب أن الرهن لازم من قبل الراهن، لأنه يتعلق بحق غيره، فيجوز أن يعتبر فى حقه مالا يعتبر فى حق المرتهن، حيث أنه من قبله جائز، لأنه يتعلق بحقه، فيكفى فيه ما يكفى فى العقود الجائزه المحضه لكن ظاهر الأصحاب اعتبار القبول القولى.

نعم قد احتمل الفاضل فى التذكره، و القواعد، الاكتفاء بالاشتراط فى عقد البيع عنه، فلو قال: بعتک هذا الكتاب و اشترطت عليک أن ترهننى دارک، فقال المشترى: قبلت و أرهنتک صح حينئذ، مع أن التحقيق خلافه أيضا بعد الإغضاء عن جواز تقديمه على الإيجاب، ضروره عدم حصول إنشاء الرضا بالإيجاب بذلک، و إنما دل الشرط على أنه يرضى بالارتهان حاله، كما هو واضح بأدنى تأمل فى نظائره و ربما يأتى لذلک تتمه إن شاء الله.

و على كل حال فلا ريب فى أنه يصح الارتهان سفرا و حضرا بلا خلاف فيه بيننا بل الإجماع بقسميه عليه، كما أن السنه شامله بإطلاقها للحالين، و الشرط فى الآيه(۱)مبنى على الغالب فإن عدم الكاتب عاده لا يكون إلا فى السفر، فهو نحو قوله (۲)«وَ إِنْ كُنْتُمْ* عَلى سَفَرٍ* إلى قوله، فَلَمْ تَجِدُوا ماءً فَتَيَمَّمُوا*» فإن عدم الماء يكون فى السفر غالبا فما عن بعض العامه من عدم جوازه فى الحضر للآيه فى غايه الضعف، خصوصا بعد اشتمالها على اشتراط عدم الكاتب، و هو غير شرط بموافقه الخصم، و بعد

---

۱- ۱ سوره البقره الآيه- ۲۸۳-.

۲- ۲ سوره النساء الآيه- ۴۳- و سوره المائده الآيه- ۶- و لكن الآيه\i« وَ إِنْ كُنْتُمْ مَرْضى أَوْ عَلى سَفَرٍ»*\E الى آخرها.

ما

ورد عن النبی صلی الله علیه و آله (۱)«انه رهن درعه عند یهودی و هو حاضر بالمدینه»

و الله أعلم.

و کیف کان ف هل القبض من المرتهن شرط فی صحه الرهن و ترتب آثاره علیه قیل : و القائل الشیخ فی أحد قولیه، و ابن إدریس، و الفاضل و ولده، و المحقق الثانی و الشهید الثانی، و غیرهم لا- یشترط بل حکی أیضا عن البشری، و الجواهر، و تخلیص التلخیص، و المقتصر، و غایه المرام، و إیضاح النافع، و غیرها. بل فی السرائر نسبته إلی الأکثر من المحصلین، و فی کنز العرفان إلی المحققین، فیکفی فی الصحه حینئذ الإیجاب و القبول مع اجتماع باقی الشرائط و یتبعها اللزوم، بل فی الغنیه و السرائر لا خلاف فی حصول الصحه بدونه، و إن الخلاف إنما هو فی لزومه بدونه.

بل و کذا التذکره و التحریر، و التنقیح، و المسالک، و الروضه، و غیرها، حیث أنهم قد جعلوا الخلاف فی ذلک دون الصحه، و احتمال إرادتها من اللزوم الذی هو محل الخلاف فی کلامهم یأباه ظاهر کلماتهم، و صریح الغنیه و السرائر و المسالک و غیرها، بل لعل احتمال العکس فی کلام من جعل الصحه موردا للنزاع کما هو ظاهر کثیر بل الأکثر أولی. خصوصا بعد عدم الثمره المعتد بها لها قبل اللزوم، بل عن إیضاح النافع الجزم به، لکن الإنصاف عدم خلوه من البعد کما ستعرف فلاحظ و تأمل.

و قیل و القائل المفید و الشیخ فی القول الآخر و بنو الجنید، و حمزه، و البراج، و الطبرسی، و غیرهم، علی ما حکی عن بعضهم نعم یشترط ذلک فی صحه الرهن، بل عن الطبرسی الإجماع علیه، بل ربما ظهر من بعضهم ما هو المحکی عن بعض أهل اللغه من عدم تحقق مسمی الرهن بدونه، و إن کان هو واضح الضعف ضروره کون لفظ الرهن کباقی ألفاظ العقود المعلوم عدم توقف صدقها علی غیر العقد من قبض و نحوه، و ان اعتبر فی ترتب الأثر، کالتقابض و القبض قبل التفرق فی الصرف

---

۱- ۱ المستدرک ج- ۲ ص ۴۹۴.

و السلم، و القبض فی الهبه و نحو ذلک، بل لعل وصف الرهان بالمقبوضه فی الآیه(۱)مما یشهد لذلک، و حمله علی الوصف الکاشف، خلاف الأصل فی الوصف بلا مقتض، بل المقتضی علی خلافه متحقق.

نعم لا بأس بجعل الصحه موقوفه علیه و إن تحقق الاسم بدونه، و هو الأصح عند المصنف، و الشهید، و غیرهما تبعا لمن عرفت ممن ظاهر کلامه اعتباره فی الصحه دون اللزوم:

ففی المقنعه «و لا یصح الارتهان الا بالقبض» و فی النهایه «لا یدخل الشی ء فی أن یکون رهنا إلا بعد قبض المرتهن له و تمکنه منه» و فی الوسیله «الرهن إنما یصح بثلاثه شروط: الإیجاب، و القبول، و القبض برضا الراهن إلا إذا اشترط فی العقد» لکن قد عرفت أن محل النزاع فی الغنیه اللزوم، فیمکن أن یکون قد حمل عباره الشیخین علیه، قال فیها: شروط صحته سته، إلی أن قال بعد ذکرها:

«و إذا تکامل هذه الشروط صح الرهن بلا خلاف، و لیس علی صحته مع اختلال بعضها دلیل، و أما القبض فهو شرط فی لزومه من جهه الراهن دون المرتهن، و من أصحابنا من قال یلزم بالإیجاب

و القبول، لقوله تعالی (۲)«أَوْفُوا بِالْعُقُودِ» و القول الأول هو الظاهر من المذهب الذی علیه الإجماع، و إذا تعین المخالف باسمه و نسبه لم یؤثر خلافه».

و أصرح منها ما فی السرائر، فإنه أیضا ذکر أن شروط صحته سته ثم قال:

«و إذا تکامل هذه الشروط صح الرهن بلا خلاف، و لیس علی صحته مع اختلال بعضها دلیل، فأما القبض فقد اختلف قول أصحابنا فیه، هل هو شرط فی لزومه أم لا؟ فقال بعضهم: إنه شرط فی لزومه من جهه الراهن دون المرتهن، و قال الأکثرون المحصلون منهم: یلزم بالإیجاب و القبول، و هذا هو الصحیح إلی أن قال:

---

۱- ۱ سوره البقره الآیه ۲۸۳.

۲- ۲ سوره المائده الآیه- ۱.

و الأول مـذهب شـيخنا أبى جعفر فى نهايته، و شـيخنا فى مقنعته، و الثانى: مذهب لشـيخنا فى مسائل خلافه، فإنه رجع عما ذهب إليه فى نهايته» إذ هو كما ترى صـريح فى فهمه اللزوم من عبارتى المقنعه و النهايه، و قـد ظهر من ذلک الاضـطراب فى کلمات الأصحاب المحررين للنزاع.

و على کـل حـال فالمحصـل أن الأقوال فى المسأله ثلاثه، و إن کان مقتضـى جميع المحررين للنزاع أو أکثرهم أن المسأله ثنائيه الأقوال، إلا أن التتبع يقضـى بما ذکرنا، الأول: عدم المدخليه له فى الصحه و اللزوم، و هو خيره الخلاف و السرائر و غيرهما ممن عرفت. و الثانى: توقف

الصـحه عليه و هو ظاهر المقنعه، و النهايه، و الوسـيله و غيرهم، بل هو صريح المحکى عن الطبرسى. و الثالث: توقف اللزوم عليه دون الصحه، و هو خيره المقنعه.

و أمـا الاحتمالات: فهى أکثر من ذلـک، إذ منهـا أنه- شـرط للصـحه على جهه الکشف، بل هو مقتضـى إطلاقهم الشـرطيه عليه ضروره عدم کون المراد منها فى المتأخر غير الکشف، و من هنا وجب حمله مع فرض عدم إراده ذلک على جزء سـبب الصحه، فإطلاق الشرطيه عليه حينئذ على ضرب من المجاز، کما جزم به فى جامع المقاصد.

و منهـا أنه شـرط للزوم کـذلک، بنـاء على أن السـبب فى تأثيره: أى اللزوم العقـد، فشـرطه المتأخر حينئـذ لا يکون إلا على جهه الکشف، و من هنـا وجب حمله مع فرض عـدم إراده ذلک على جزء السـبب فى اللزوم؛ کما جزم به فى المسالک، و أن إطلاق الشـرط عليه مجـاز، لکن قـد يمنع تسبيب العقـد اللزوم، لانفکـاکه عنه کبيع خيـار المجلس و غيره، بخلاـف الصـحه، فيمکن أن يکون هو السبب فى اللزوم، و تقدم العقد حينئذ شرطه.

و منه ينقدح احتمال ثالث: و إن کان الفرق بينه و بين القول بأنه جزء سبب فى اللزوم فى الثمره غير ظاهر.

و کیف کـان فقـد کفینـا مؤنه هـذه الاحتمالاـت و غیرهـا بإمکـان تحصـیل الإجمـاع المرکب علی نفیها، لما عرفت من انحصار الخلاـف قـدیما و حـدیثا فی الأقوال الثلاثه التی یقوی فی النظر فیها الأول، للایه، و غیرها مما دل علی لزوم العقود، حتی جعلوه الأصـل فیها، و إلیه یرجع أصاله عـدم الاشتراط الراجعه إلی ظهور الأدله فی کون العقود هی الأسـباب لمـدلولاتها من غیر حاجه إلی شی ء آخر.

و لظهور النصوص فی ترتب الأحکام علی صـدق الرهن الـذی لا ریب فی عـدم توقف صدقه علی القبض، بل لا یخفی علی من تصـفحها علی کثرتهـا ظهور ترتب أحکـام الرهن المقبوض علی مـا تحقق مسـماه فیه من غیر تعرض للقبض و عـدمه، و لو کان معتبرا فی صحه أو لزوم وجب التفصیل، و إلا لزم الإغراء بالجهل، بل لعل ترک الاستفصال فیه دلیل العموم.

نعم یسـتفاد منهـا علی وجه لا یسع الفقیه إنکاره اسـتحقاق المرتهن علی الراهن قبضه، لأن الأصل فی مشـروعیته التوثق، و لا یتم غالبا إلا به، بل لا یخفی ظهور النصوص فی المفروغیه من ذلک، کما یومی إلیه ذکر أحکام المقبوض بمجرد ما قیل فی السؤال أنه رهن، و کأن هذا هو الذی غر القائل بالشرطیه، لکنک خبیر فی أنه أعم منها، إذ الأقوی وجوب الإقباض علی الراهن إذا طلبه المرتهن، و إن لم یکن شـرطا فی صـحه أو لزوم کمـا جزم به فی التحریر، و لعله لمـا ذکرنـا بـل و لما ستسـمعه مما ذکروه دلیلا للشرطیه، بل لعل مبنی الرهانه علی ذلک.

لکن توقف فیه فی القواعد، فقال: «لیس القبض شرطا علی رأی، و هل له المطالبه به؟

إشـکال» إذ الظاهر أن مراده علی تقدیر عدم الشـرطیه کما اعترف به فی جامع المقاصد موجها للإشکال بنحو ما ذکرنا، و بانتفاء المقتضـی، إذ العقـد لا یقتضـیه، و لا سـبب غیره، و الإرشاد التوثق بالقبض فی الآیه(۱)لا یدل علی کون ذلک مسـتحقا للمرتهن علی الراهن بمجرد العقد، و مما ذکرنا یظهر لک أن الترجیح للأول.

هذا. و لکن فی القواعد بعد ذلک أنه لا یجبر الراهن علی الإقباض، فلو رهن و

---

۱- ۱ سوره البقره الآیه ۲۸۳.

لم يسلم لم يجبر عليه، و قد قيل: إنه جزم بعد التردد، و لعل الأولى جعل ذلك منه على تقدير الاشتراط، كما يشهد به التأمل لكلامه أولا و آخرا فلاحظ و تأمل.

و قال أيضا فيها في الفصل السادس: «و إذا لزم الرهن استحق المرتهن إدامه اليد» كما أن ما عن المبسوط- من أنه «إذا جن الراهن أو أغمى عليه، أو رجع قبل القبض، قبض المرتهن، لأن العقد أوجب القبض»- ينبغى حمله على ما قلناه، ضروره أنه لا وجه له معتد به على تقدير الشرطيه، و إن سمعت في الصرف دعوى مثل ذلك من بعضهم في التقابض، فأوجبه بالعقد مع توقف الصحه عليه، لكنه مع أنه لم يدعه أحد هنا، فيه ما عرفت، على أن المحكى عنه في المبسوط أنه قال: «و الاولى أن نقول أنه يلزم بالإيجاب و القبول» فيقوى بناء كلامه هذا على ذلك.

و على كل حال فلا- تنافى بين وجوب الإقباض و بين القول بعدم الشرطيه الذى قد عرفت قوته، و يزيده قوه، ضعف دليل المخالف، إذ ليس إلا الأصل، الذى ليس بأصيل بعد العقد و ما دل على لزومه و صدق الرهن، و الآيه التى ادعى الخصم دلالتها بمفهوم الوصف الممنوع حجيته في المقام، خصوصا بعد ظهور التقييد فيه في تمام الإرشاد، أو أنها إنما دلت على مشروعيه الرهن المقبوض، فينفى غيره بالأصل المقطوع بالإطلاقات.

و بالجمله دعوى- دلاله الآيه على الشرطيه في الرهن بعد ظهورها في إراده الإرشاد، كما يومى إليه التعليق على السفر، و عدم الكاتب، و أنه لا قائل بوجوب أخذ لرهن كما يستفاد من الجمله- في غايه الفساد كما هو واضح.

و

خبر محمد بن قيس (۱)عن أبى جعفر عليه السلام كما في كتب الأصول و كثير من كتب الفروع، أو الصادق عليه السلام كما في قليل من الأخيره «لا رهن إلا مقبوضا»

المعتضد ب ما رواه العياشى (۲)عن محمد بن عيسى عن الباقر عليه السلام كذلك، الذى هو بعد الإغضاء عن سنده، و أنه من قسم الموثق، و إن قال الشهيد و غيره: أنه مردود، لاشتراكه

---

۱- ۱ الوسائل الباب- ۳- من أبواب أحكام الرهن الحديث- ۱-.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۳- من أبواب أحكام الرهن الحديث- ۲-.

بین الثقه و الضعیف، لأن المراد منه هنا البجلی الثقه، بقرینه روایه عاصم عنه، بناء علی أنه ابن حمید، و أن ابن سماعه فیه، الحسن بن محمد بن سماعه، و أن طریق الشیخ إلیه قوی، و الإغضاء عن کونه موافقا لجمهور العامه، و منهم أبو حنیفه، و الشافعی، و أحمد، فی إحدی الروایتین، خصوصا مع شده التقیه فی زمانه علیه السلام، و الإغضاء عن احتمال إراده بیان اعتبار کون الرهن مما یقبض کما یومی إلیه عدم تخصیص القبض للمرتهن.

محتمل لإراده بیان نفی الاعتداد به فی الاستیثاق و الطمأنینه، لا الشرطیه، بل لعل الظاهر منه ذلک، بعد أن کان المنفی فیه، العین المرهونه، لا العقد الذی یوصف بالصحه و البطلان، و بعد أن کان الظاهر منه استدامه القبض للعین المرهونه، باعتبار نفی الرهن بدونها، الظاهر فی لزوم اتصافها بذلک لصفه الرهن، و الإجماع بقسمیه کما ستعرف علی عدم اعتبار الاستدامه، و بذلک یضعف دلاله الآیه أیضا، و یقوی إراده الإرشاد منها، بل قد یستفاد منها و من الخبر مشروعیه الرهن بغیر قبض، کما هو المختار، و إن کان لا یحصل به تمام الاستیثاق فی بعض الأحوال.

و الإجماع المحکی عن الطبرسی المعارض بنفی الخلاف من ابنی زهره و إدریس عن الصحه بدونه کما أن إجماع ابن زهره علی اعتباره فی اللزوم معارض بما سمعته من ابن إدریس و المقداد، بل دعوی تبین خلافه، لعدم المصرح باعتباره فی اللزوم دون الصحه غیره، علی أنه قد اعترف بوجود المخالف إلا أنه غیر قادح، لمعروفیته باسمه و نسبه، و لا ریب فی قدحه و إن کان کذلک، علی طریقتنا فی الإجماع کما بین فی الأصول محررا، فقد بان من ذلک فساد دعوی الشرطیه علی کل حال، و إن کانت هی فی اللزوم أوضح فسادا، ضروره عدم دلیل للصحه حینئذ علی وجه یفصلها عن اللزوم غیر نفی الخلاف المزبور المعارض بما سمعت، فلا ریب حینئذ فی قوه القول بالعدم مطلقا فتسقط حینئذ جمیع الفروع التی ذکروها فی المقام و أطنبوا فیها لکن لا بأس بالتعرض إلی جمله منها بناء علی الشرطیه.

فمنها أنه لو قبضه من غیر إذن الراهن لم ینعقد عقد الرهن، و لم یصح

بناء على اعتباره فى الصحه بلا خلاف أجده فيه، لكونه قبضا غير مأذون فيه أو منهيا عنه، لما عرفت من وجوب الإقباض عليه بالعقد، فلا يسقط حق الرجوع المستصحب بقاؤه، بل لا يقطعه إلا حصول المقطوع به من الشرط و هو القبض المأذون فيه.

فدعوى إطلاق دليل الشرطيه الذى لا ينكر انسياقه إلى المأذون فيه، خصوصا بعد استقراء نظائر المقام مما كان القبض فيه تتمه السبب، و خصوصا بعد معارضه قاعده عدم سقوط حق الغير إلا برضاه، و خصوصا بعد عدم الخلاف فيه لا يصغى إليها، كدعوى وجوب الإقباض عليه بالعقد الذى لم يكن سببا تاما فى حصول مدلوله، لأن الفرض توقف الصحه على الإقباض، بل الظاهر أنه كذلك لو قلنا بأنه شرط للزوم، ضروره عدم اقتضاء العقد الجائز وجوب إلزامه.

نعم قد يقال: بجواز قبضه للمرتهن، باعتبار تعلق حق الرهانه فيه المقتضيه للقبض باعتبار بنائها على التوثق الذى لا يتم غالبا الا به، فهو و إن كان باقيا على ملك المالك، إلا أنه لا يمنع ذلك من قبضه للمرتهن، بعد اقتضاء حق الرهانه ذلك شرعا، لكن لا يؤثر هذا القبض لزوما فى حق الراهن، للأصل و غيره، مع احتماله لإطلاق ما دل على اللزوم به، فهو كالتصرف فى الهبه و المعاطاه المقتضى للزوم من الجانبين، و عدم وجوب الإقباض غير اللزوم بالقبض و لعله لذا حكى عن الكفايه الإشكال فى اعتبار الإذن، بناء على كون القبض شرطا فى الصحه دون اللزوم، و إن كان الظاهر ما ذكرنا أولا.

و أما على المختار من عدم الاشتراط و أنه يجب على الراهن الإقباض، فليس للمالك منع المرتهن من قبضه، بل و لا يتوقف على إذنه، لتعلق حق الرهانه المقتضى لذلك شرعا، فهو كما لو شرط الرهانه المشتمله على القبض بعقد لازم، أو نذرها مثلا و احتمال وجوب مراعاه الأذن- لكونه باقيا على ملكه، و إن كان إذا امتنع أجبره الحاكم، فإن لم يمكن قام مقامه فى التسليم- لا يخلو من وجه، إلا أن الأقوى ما ذكرنا.

فما عن الكفايه- من الجزم بوجوب إذن الراهن على القول بعدم الاشتراط فى اللزوم فضلا عن الصحه، و اختاره بعض مشايخنا. بل زاد عليه الجزم باحتياجه

على تقدير اشتراطه فى اللزوم دون الصحه- واضح الضعف، و لعلهما بنيا الأول على عدم وجوب القبض و إن قلنا بعدم شرطيته، لكنك قد عرفت ضعفه سابقا فلاحظ و تأمل.

و منه تعلم الحال فيما لو اشترط الرهن فى عقد لازم، فإنه على المختار لا بد من الرهن و القبض، إلا أن الظاهر كون وجوب القبض من مقتضى الرهانه كما عرفت، لا من جهه الشرطيه التى ليست هى إلا الرهانه المحققه بدونه، نعم يتجه ذلك على القول بأنه شرط فى الصحه، ضروره عدم تعلق حق الرهانه بالعين المشترط رهنها بدونه، فلا يجدى مجرد العقد الذى لم يتعقبه قبض، إذ هو كالرهن الفاسد، و صحه إطلاق الرهن على العقد كما ذكرناه سابقا لا ينافى كون المراد هنا الرهن المخصوص.

أما لو قلنا بأنه شرط للزوم ففى المسالك «ينبغى أن يتحقق الوفاء بالشرط بدون القبض و إن لم يلزم من قبل الراهن، لأن ما يجب الوفاء به الرهن الصحيح، و هو أعم من اللازم» لكن فيه أنه لا تحصل الفائده المطلوبه من اشتراطه، فينبغى التقييد فى الاشتراط برهن مقبوض، اللهم إلا أن يدعى دلاله القرائن على ذلك، بناء على الاكتفاء بمثلها أو يقال: إن الرهن المشروط فى العقد اللازم يستحق القبض و إن قلنا بكونه شرطا فى اللزوم كما حكاه فى المسالك عن الشهيد، و لعله راجع إلى ما ذكرنا من دلاله القرائن على ذلك، و الا فليس ما يقتضى استحقاقه بمجرد اشتراطه غيره، هذا كله إذا اشترط الرهن خاصه.

أما إذا اشترط القبض معه فالمتجه بناء على ما ذكرنا سابقا فى الشرائط وجوبها على المشترط عليه، و إجباره عليه، فإن لم يمكن تسلط على الخيار. نعم على ما تقدم من الشهيد، يتجه ما صرح به هنا من عدم وجوب ذلك عليه، بل أقصاه تسلط ذى الشرط على الخيار، و هو خيره الفاضل فى المقام، لكن فيه ما عرفت سابقا و الله أعلم.

و قد ظهر من ذلك كله عدم صحه الرهن بالقبض من غير اذن بناء على اعتباره فى صحته و كذا لو أذن فى قبضه ثم رجع بإذنه قبل قبضه إذ هو كغير المأذون فيه، ضروره عدم اللزوم عليه بالإذن الذى له الرجوع فيها، للأصل و غيره، فيتجه حينئذ جميع ما ذكرنا فيه سابقا، و لا يقال: إن الإذن هنا قد أسقطت حقه

من الرجوع، بناء على الشرطيه فى اللزوم، إذ قد عرفت أن المسقط له شرعا إنما هو القبض، لا الإذن فيه، بل لو صرح بالإسقاط ثم رجع قبل القبض لم يؤثر ذلک الإسقاط، لعدم کون الجواز هنا کالخيار، بل هو من الأحکام الشرعيه لا الحقوق المالکيه التى يتسلط عليها الإسقاط کل ذلک مع عدم الخلاف فيه، بل يمکن تحصيل الإجماع عليه ممن اعتبر الإذن فى القبض، سواء قلنا إنه شرط فى اللزوم أو الصحه.

و کذا لا- يصح الرهن لو نطق بالعقد ثم جن، أو أغمى عليه، أو مات قبل القبض مثلا- بناء على اعتباره فى الصحه بلا خلاف أجده، لظهور ما دل على شرطيه الاختيار إلى تمام سبب الصحه إنما الکلام فى البطلان بذلک على تقدير اعتباره فى اللزوم، فربما قيل به، لأنه حينئذ من العقود الجائزه المعلوم بطلانها بعروض ذلک.

و فيه: أنه لا دليل على عموم ذلک فيها بحيث يشمل المقام الذى هو يؤوله إلى اللزوم بالقبض ليشبه بيع الخيار، و يصلح لقطع الاستصحاب و تقييد إطلاق دليل الصحه فيقوم حينئذ من انتقل إليه ولايه التصرف مقامه، مراعيا للمصلحه حيث يجب عليه ذلک، و لا منافاه بين انتقال عين المال إلى الوارث أو ولايته إلى الولى، و بين تعلق حق الرهانه، بل أقصاها أنها جائزه کما کانت للأصل و بذلک يفرق بين المقام و غيره من العقود الجائزه، کالوکاله و العاريه و الوديعه، إذ ليس هو مثلها قطعا، بل هو کبيع الخيار، و کالهبه بعد القبض قبل التصرف التى يجوز الرجوع فيها للمالک قبله، و لا مجال لاحتمال البطلان فيهما.

و لعله لذا جزم فى التذکره بعدم البطلان فى الأولين، بل کان عليه ذلک بالنسبه إلى الأخير أيضا، إلا أنه لم يرجح فيه فيها، بل المتجه عدم الفرق فى ذلک بين الراهن و المرتهن على کل من قولى الصحه و اللزوم.

لکن فى الدروس، اختار البطلان فى الثلاثه بالنسبه إلى الراهن، ثم قال:

«و لو مات المرتهن انتقل حق القبض إلى وارثه، و الفرق تعلق حق الورثه و الديان بعد موت الراهن به، فلا- يستأثر به أحد، بخلاف موت المرتهن، فإن الدين باق،

فیبقی وثیقه»، و قال أیضا «و لو جن المرتهن أو أغمی علیه قام ولیه مقامه».

و فیه ما لا یخفی بناء علی أنه شرط فی الصحه، کما هو ظاهر کلامه فی أصل المسأله، بل و علی تقدیر کونه شرطا فی اللزوم، ضروره کون المتجه علیه البطلان مطلقا، أو الصحه کذلک، لاتحاد المدرک و الفرق الذی ذکره بالنسبه إلی الموت غیر مجد، بعد أن کان للورثه و الدیانه الفسخ، إذ لا یلزم علیهم القبض المقتضی للزوم، فتجدد تعلق حق الدیانه و الوراثه لا یبطل الحق المتعلق سابقا کما هو واضح.

نعم احتمال الصحه مع موت المرتهن أوضح منه مع موت الراهن، و بذلک کله تعرف الاضطراب فی جمله من کلمات الأصحاب فی المقام، و احتمالاتهم التی منها ما یقضی بکونه معتبرا عندهم فی الصحه، و منها ما یقضی باعتباره فی اللزوم، و قد أشکل علی ثانی الشهیدین الذی جعل النزاع فی الأخیر المراد من نحو المتن، و لا ریب فی ظهوره فی الاعتبار فی الصحه، فلا إشکال فیه من هذه الجهه.

کما أنه لا- إشکال فی عدم البطلان بعروض شی ء من ذلک للراهن أو المرتهن، بناء علی المختار، کما صرح به جماعه ممن خیرته ذلک، بل حکاه فی الدروس عن المبسوط معترفا بإشعاره بعدم الشرطیه، و إن کان للمرتهن طلبه للتوثق به، و هو مما یرشد إلی موافقته للمختار، کما حکیناه سابقا، ثم إنه لا یخفی علیک الحال بعد الإحاطه بما ذکرنا فیما لو کان الرهن مشترطا فی عقد لازم، ثم عرض نحو الأمور الثلاثه قبل الرهن أو بعده قبل الإقباض، و الله أعلم.

و کیف کان ف لیس استدامه القبض شرطا بل یکفی تحققه فی الصحه أو اللزوم بلا خلاف أجده فیه، بل الإجماع بقسمیه علیه، بل لعل المحکی منهما مستفیض أو متواتر، و هو الحجه بعد العمومات التی یمکن إرادتها للشیخ فی الاستدلال علیه بأخبار الفرقه، إذ لم نجد المتحد منها الدال علی ذلک صریحا، فضلا عن المتعدد.

نعم ربما تجشم دلاله النصوص الوارده فی منفعه الرهن و علته المعلوم کونها للراهن التی تتوقف غالبا علی قبضه الرهن، و الأمر سهل بعد ما عرفت الذی منه

يظهر ضعف ما عن أبى حنيفه، و أحمد، و مالك، من اشتراط الاستدامه كالابتداء، للآيه التى قد تقدم البحث فيها. بل عن الأردبيلى ان ظاهر التذكره ذلك فى مسأله منع المرتهن من التصرف قلت: الموجود فيها هناك «الرهن وثيقه لدين المرتهن، فإن جعلنا القبض شرطا أو كان لازما استحق المرتهن إدامه اليد، و لا يزال يده إلا للانتفاع، على خلاف قد سبق» و يمكن أن يريد و لو بقرينه أنه ممن حكى الإجماع على عدم اشتراط الاستدامه قبل ذلك، الاستحقاق لا على جهه الشرطيه، و لعله كذلك لما عرفت من اقتضاء حق الرهانه ذلك.

فلو عاد إلى الراهن و إن لم يكن بعنوان الوكاله عن المرتهن أو تصرف فيه تصرفا لا ينافى كونه رهنا لم يخرج عن حق الرهانه سواء كان ذلك باذن المرتهن أولا، و إن كان الظاهر تحقق الإثم عليه مع عدم الإذن فى بعض الأحوال و الله أعلم.

و منها: أنه لو رهن ما هو فى يد المرتهن لزم الرهن على القولين من غير حاجه إلى إذن بالقبض، و لا ـ مضى زمان يمكن فيه تجديد القبض، و لو كان استيلاء يد المرتهن عليه غصبا وفاقا لإطلاق الأكثر، لا لتحقق القبض الذى هو شرط، لوضوح بطلانه فى الأخير المنهى عنه، فيكون فاسدا لذلك، إذ النهى و إن كان لا ـ يقتضى الفساد فى غير العباده، إلا أن القبض على تقدير اعتباره ركن، و عدم اقتضاء الفساد إنما هو بعد تمام الأركان، و إلا لاجتزى بالقبض بغير إذن لو لم يكن مقبوضا، و قد عرفت بطلانه و ليس الإرهان إذنا باستدامه القبض قطعا، مع أنه لا يتم فى التصريح بحرمه استدامه القبض الأول، بل لعله باطل فى الأول أيضا ضروره ظهور أدله الشرطيه فى اعتبار القبض للرهن، فلا يجزى قبض العاريه و الوديعه مثلا، و الفرض أنه لم يتجدد إذن فى استدامه القبض للرهن.

- بل لعدم تناول دليل الشرطيه لمثل الفرض، ضروره ظهوره فى غير المقبوض،

اما هو فيبقى على أصاله اللزوم فى العقد، فيتحقق رهنه حينئذ، و هو على القبض الأول حتى انه لو كان مضمونا بغصب، أو بيع فاسد، أو سوم، أو عاريه مضمونه أو نحو ذلك بقى عليه، كما هو خيره الأكثر، بل لا خلاف أجده إلا من الفاضل فى القواعد، و المحكى عن يحيى بن سعيد، و لا تنافى بين رهنيته و ضمانه بعد أن كان الضمان بسبب آخر غير الرهنيه، كالتعدى فى المرهون.

نعم يقوى ارتفاع الضمان بالإذن من الراهن فى استدامه القبض للرهن، وفاقا لجماعه، بل عن حواشى الشهيد نفى الخلاف عنه، لانتقاض الحال الأول، بل هو شبه الوكاله فى القبض عنه، و دعوى- ظهور دليل الضمان فى مثل الغصب فى عدم ارتفاعه إلا بالتأديه المعلوم انتفاؤها فى المقام و إن اذن، فسبب الضمان الأول لم يرتفع، و إن اذن فى الاستدامه و ارتفع الإثم بذلك، بل لو صرح المالك بإسقاط الضمان الذى هو مقتضى السبب الأول لم يسقط كما صرح به فى القواعد، و جامع الشرائع و الإيضاح، و حواشى الشهيد، و غايه المرام، و جامع المقاصد، على ما حكى عن بعضها، إذ هو ترتب شرعى و الإسقاط كالإبراء إنما يجدى فى الحق الثابت فى الذمه مثلا، و ليس المقام منه قطعا، إذ لا شى ء فى الذمه حينئذ، لكون المراد من الضمان فيه انه لو تلفت العين ضمن مثلها، و لا معنى لإسقاطه قبل حصوله، كما انه لا معنى لإسقاط سببيه السبب الذى جعل الشارع غايه ارتفاعه التأديه المعلوم انتفاؤها فى المقام- يدفعها أولا: منع عدم صدق التأديه على نحو ذلك، مع استناد اليد فيه إلى إذن المالك، و انه من تصرفه فيه، فهو كما لو تاب الغاصب و طلب من المالك قبض ماله فقال له: ليبق عندك وديعه، و كما لو أرهن المالك مغصوبا عند غير الغاصب، و قد اذن للراهن فى قبضه منه و قبضه، و دعوى- التزام الضمان فى ذلك و نحوه- أيضا كما ترى يمكن ان يقطع بعدمه، و انه ظلم واضح، فلعل المراد من التأديه فى خبر الضمان ما يشمل مثل ذلك، لا انه القبض الفعلى خاصه.

و ثانيا ظهور كون المراد من الخبر ما إذا بقيت يد الضمان على حالها، لا ما إذا تغيرت و صارت يد امانه مثلا، فيبقى حينئذ على أصاله البراءه التى لا يعارضها

استصحاب الضمان، بعد ما عرفت من ظهور دليله فى غير الفرض، و من معلوميه كون السبب فى الضمان العدوان، و الفرض زواله بالائتمان، فلا وجه للاستصحاب.

و عدم ارتفاع الضمان بالإسقاط- مع أن فيه بحثا. بل عن الشيخ السقوط لحصول سبب الوجوب، فليس إبراء مما لم يجب، و تبعه المصنف فيما يأتى، و الفاضل فى التحرير- لا- مدخليه له فيما نحن فيه الذى فرض حصول الإذن من الغاصب باستدامه القبض، على أنه رهن، أو وديعه، أو عاريه مثلا، و أنه بذلك صار أمانه فى يده، و دعوى الفرق- بين المقام، و الوديعه التى هى استنابه عن المالك فى الحفظ و القبض لمصلحه، بخلاف ما نحن فيه، بل و العاريه و التوكيل على البيع و الإعتاق على إشكال- غير مسموعه، فإن دقيق النظر يقضى بعدم الفرق بين الجميع.

كما أنه يقضى بعدم الفرق بين المغصوب و بين غيره- مما هو مضمون كالعاريه المضمونه، و المقبوض بالسوم، أو الشراء الفاسد أو نحو ذلك- فيما ذكرنا من الحكم، و من ذلك تعرف النظر فيما فى القواعد، و جامع المقاصد، و غيرهما، و قد يأتى إن شاء الله لذلك تتمه فتأمل جيدا.

و على كل حال فقد ظهر لك أن السبب فى لزوم الرهن فى مفروض المتن ما قلناه، لا ما سمعت الذى قد عرفت أنه لا يتم فى الغصب، و لذلك فصل فى المسالك، و الروضه بين المغصوب و غيره، فاعتبر الإذن و مضى الزمان فى الأول، دون الثانى، و لا ريب فى ضعفه، بل لم اعرف هذا التفصيل لغيره عدا الفاضل فى ظاهر التذكره، و إن حكاه فى الروضه عن بعض، و لعله هو مراده.

كما أنه لم اعرف وجها معتدا به لاعتبار مضى الزمان و إن قيل فى توجيهه:

أن الإذن فى القبض يستدعى تحصيله، و من ضرورياته مضى زمان، فهو دال على القبض الفعلى بالمطابقه، و على الزمان بالالتزام، و لما لزم من القبض الفعلى تحصيل الحاصل أو اجتماع الأمثال المحالان حمل اللفظ على المعنى الالتزامى، لتعذر المطابقى، و هو كما ترى، ضروره أن اعتبار الزمان من باب المقدمه لحصول القبض، فلا يعقل اعتباره مع حصول ذى المقدمه كما هو واضح.

و لو علل بأن المنساق من القبض فی مثله بعد فرض شمول دلیل الشرطیه له ذلک، لکان أولی، و إن کان فیه منع واضح أیضا، خصوصا بعد عدم تعذر الحقیقه، بأن یرجعه إلی صاحبه ثم یقبضه منه، أو یتوکل عنه فی قبضه و إقباضه، فیکون کالموجب و القابل.

و أما الإذن فبناء علی عدم اعتبار القبض السابق لکون الفرض أنه غصب، و علی أنه شرط فی مثل الفرض فالمتجه اعتبارها لیکون استدامه القبض مستنده إلیها، فیتحقق القبض المأذون فیه بعد الرهانه ضروره صدقه علی الاستدامه لکن قد عرفت أن التحقیق عدم اعتبار القبض فی مثل الفرض، و من هنا اتجه القول باللزوم و إن لم یحصل اذن فی الاستدامه، کما هو مقتضی إطلاق الأکثر الذین لم یفرقوا بین الودیعه و العاریه، و المغصوب، فی عدم اعتبار الاذن و مضی الزمان، بل لا خلاف محقق أجده فی ذلک فی الأولین.

نعم حکی فی الدروس من الشیخ الحکم بأنه لا بد من مضی زمان یمکن فیه القبض منهما، و لعله یلزم ذلک فی الثالث، الا أنه لم نتحقق ما حکاه عنه، إذ المحکی عنه فی المبسوط، و الخلاف انه قال: «إذا کان له فی ید رجل مال ودیعه، أو عاریه، أو إجاره، أو غصبا فجعله رهنا عنده بدین له، کان الرهن صحیحا و یکون ذلک قبضا إذا أذن له الراهن فی قبض عین الرهن» و زاد فی الثانی «و إذا لم یأذن له لم یکن علی کونه قبضا دلیل» کما أنه حکی عن الأول فی مسأله ما إذا أذن له و جن تم القبض و صح، و قد قیل: أنه لا یصح إلا بعد أن یأتی علیه زمان یمکن قبضه فیه.

و الجمیع کما تری لیس فیه اشتراط مضی الزمان المعروف نقله عن الشافعی و إنما اقتصر علی الإذن خاصه، من غیر فرق بین المغصوب و غیره، و لعله لتحقق القبض المعتبر بها، إذ الاستدامه کالابتداء و لا یجدی القبض الأول اما فی المغصوب فواضح، و أما فی غیره فلأنه لیس قبض رهانه و ان کنا لم نشترط تعقب القبض للرهانه و هو جید، بناء علی اعتبار القبض فی مثل الفرض لعدم تیقن حصول الشرط بغیر ذلک.

نعم فیه ما ذکرنا سابقا من عدم الدلیل علی اشتراطه فی هذا الحال. فیلزم بدونه

على تقدير الشرطيه، و إلا فعلى المختار من عدم الشرطيه أصلا فلا بحث فى اللزوم، و سقوط هذا الكلام من أصله و الله أعلم.

و منها: أنه لو رهن ما هو غائب عن مجلس العقد منقولا كان أو غيره غيبه لا يصدق معها القبض لو خلى بينه و بينه فيما يكفى فيه ذلک لو لا الغيبه لم يصر رهنا صحيحا، بناء على الاعتبار فى الصحه، أو لازما على اعتباره فى اللزوم حتى يحضر المرتهن أو القائم مقامه عند الرهن، و يقبضه بما يصدق معه من تخليه، أو نقل بلا خلاف أجده فيه، بل فى جامع المقاصد، نسبته إلى نص الأصحاب و غيرهم، لعدم حصول الشرط بدون ذلک، و لا يكفى الإذن مع مضى زمان يمكن فيه القبض و إن كان المرهون غير منقول، لمنع حصول التخليه بذلک، فضلا عن حصولها بالاذن خاصه.

نعم قد يقال: لا حاجه إلى الإذن فضلا عن مضى الزمان لو كان المرهون مقبوضا للمرتهن سابقا و إن كان غائبا عنه حال العقد استصحابا لحكم القبض السابق. مع احتمال العدم أيضا كما عن أحد وجهى الشافعيه حتى مع مضى الزمان، بل لا بد من الحضور فعلا، بل عن أحد الوجهين عنهم أيضا أنه لا بد من النقل فعلا للمنقول مثلا و إن كان فيه ما لا يخفى.

و لعل ذلک لا ينافى ما تقدم سابقا المفروض فيه وقوع الرهن على المقبوض عنده لكن بهذا النوع من القبض، لا أنه رهنها و هو أى الغاصب و نحوه غائب عنها، إلا أن استدلال بعضهم هناک باستصحاب حكم القبض ينافى ذلک، و حينئذ فيكون كلامهم شاهدا لما قلنا أولا الذى الحيله بناء عليه فى رهن الغائب إذا لم يكن مقبوضا للمرتهن، و كان مقبوضا للراهن بأن يوكله فى القبض عنه، فيجعل استدامه قبضه للرهن، فيصح حينئذ، اللهم إن أن يمنع صحه الوكاله فيما هو فى حكم القبض، و لا يخفى عليک سقوط هذا البحث من أصله على المختار.

و كيف كان ف لو أقر الراهن بالإقباض قضى به عليه لعموم(۱)

---

۱- ۱ الوسائل الباب- ۳- من أبواب الإقرار الحديث ۱.

«إقرار العقلاء على أنفسهم جائز»

لكن إذا لم يعلم كـذبه فـإنه لاـ عبره بإقراره قطعا، فلا يشـمله الجواز المزبور و لو رجع عن إقراره السابق لم يقبل رجوعه كما في كـل إنكـار بعـد إقرار، و إلاـ لم يكن الإقرار جائزا عليه على كل حال، كما هو مقتضـى الخبر السابق، و ما عن المبسوط- من أنه قوى القبول في آخر كلامه، لجريان العاده بوقوع الشهاده في الوثائق قبل تحقق ما فيها، بل استقر به في التذكره- واضح الضعف، بل كأنه اجتهاد في مقابله النص و مخالف لأصاله الصحه في قول المسلم و فعله.

نعم قـد تسـمع دعواه لو ادعى المواطـاه على الإـقرار و الاشـهاد عليه إقـامه لرسم الوثيقه، حـذرا من تعـذر ذلك إذا تأخر إلى أن يتحقق القبض و يتوجه له اليمين حينئذ على المرتهن كما صرح به جماعه، لجريان العاده بذلك و لعموم (۱)

«البينه على المدعى و اليمين على من أنكر»

و اختاره المصنف بقوله على الأشبه مشعرا بوقوع الخلاف فيه، بل صرح به في شرح الترددات، و ان لم يحضرني الآن نسخته، إلا أنه لا يخلو من وجه، لتكذيب دعواه بظاهر إقراره السابق.

و كذا لو ادعى الغلط في إقراره و أظهر تأويلا ممكنا، كأن قال: اني أقبضته بالقول: فظننت الاكتفاء به حيث يمكن في حقه توهم ذلك، أو قال: استندت فيه إلى ما كتبه وكيلي، فظهر مزورا و نحو ذلك، و إن صرح بالسماع فيه في التذكره، و الدروس، و

المسالك، و الروضه، و محكي المبسوط، و لعله لأنه لم يكـذب إقراره في الحقيقه، فيشـمله العموم المزبور الـذي يعارضه عموم الإقرار من وجه فيرجـح عليه بفتوى من عرفت، و لا دليل على عـدم قبول الـدعوى المكذبه و البينه كذلك على كل حال بحيث يشـمل المقام الـذي قـد عرفت فتوى لجمله من الأساطين بالسـماع فيه، بل ربما نقل أن الأشـبه سـماع التأويل الممكن و إن كان الإقرار في مجلس الحكم لكن في

---

۱- ۱ الوسائل الباب- ۳- من أبواب كيفيه الحكم الحديث- ۱- ۳- لكن فيه « و اليمين على من ادعى عليه».

التذكره نظر فيه و لم يرجح بل كأنه مال إلى عدم السماع، و قد تقدم فى أول بيع الحيوان ماله نفع فى المقام فلاحظ و تأمل.

هذا كله إذا شهد الشاهدان بإقراره أو اعترف هو به، أما لو شهدا بنفس الإقباض و مشاهدته لم تسمع دعواه، و لم يتوجه له اليمين، بل فى التذكره «و كذا لو شهدا على إقراره بالإقباض بعد إنكاره الإقرار» فتأمل.

ثم إنه لا يخفى عليك تصوير المسأله بالنسبه إلى المرتهن، و فيما إذا كانت العين فى يد الراهن أو المرتهن أو ثالث موجوده أو تالفه، بأن قال: تواطأنا على الإقرار، ثم أخذه من دون إذن فتلف، كما أنه لا يخفى عليك جريانها على القول باعتبار القبض فى الصحه و اللزوم و عدمه و الله أعلم.

و كيف كان فعلى الشرطيه و عدمها لا- يجوز تسليم المتاع الا برضا شريكه، سواء كان مما ينقل أو لا ينقل، على الأشبه وفاقا لصريح التحرير، و الدروس، و ظاهر القواعد، و اللمعه، لاستلزامه التصرف فى مال الغير بغير إذنه، و المانع الشرعى كالمانع العقلى خلافا للمحكى عن المبسوط فيما قبضه التخليه، لعدم اقتضائها التصرف، و استجوده فى المسالك و غيرها.

لكن قد يناقش بمنع تحقق التخليه التى يصدق القبض معها بدونه، ضروره أنه سلطنه عرفيه زائده على السلطنه الشرعيه المتحققه بالعقد فى نحو البيع، و كونه كالمالك لا- يحقق القبض، إذ يمكن منعه بالنسبه إليه أيضا لتوقف دخوله و نحوه من التصرفات على إذن الشريك، فليس مقبوضا له، و التخليه التى يتحقق معها القبض:

هى ما يحصل بها السلطنه على القبض الفعلى، بحيث لو أراده لأوقعه، فمع فرض المانع عنه كما فى المقام و لو شرعيا لم تحصل السلطنه المزبوره.

و على كل حال فلو سلمه إياه عدوانا ففى القواعد «فى الاكتفاء به- أى على الشرطيه نظر»- أقربه ذلك، للقبض و إن تعدى فى غير الرهن، و وافقه عليه ولده كما قيل، و ثانى المحققين، و الشهيدين و غيرهم، لأن النهى انما هو لحق الشريك خاصه، إذ الفرض حصول الاذن من قبل الراهن الذى هو المعتبر شرعا، و كونه قبضا

واحدا لا- ينافى الحكم بالوقوع، لاختلاف الجهه و قد يشكل بمنافاته لما حكى من كلامهم فى باب الهبه من التصريح بعدم الاكتفاء، للنهى المانع، كما لو وقع بدون إذن الراهن، و قد تقدم التحقيق فى باب القبض.

و لو و كل المرتهن الشريك على القبض، و قد أذن له الراهن جاز بلا خلاف و لا إشكال، بل فى جامع المقاصد قوه الاكتفاء باذن الراهن للشريك و المرتهن فى القبض من دون أن يأذن للمرتهن فى توكيل الشريك، بل جزم به فى المسالك.

نعم لو شرط عليه القبض بنفسه لم يكف، و لو أذن الراهن للمرتهن فى القبض فنازعه الشريك نصب الحاكم عدلا يكون فى يده لهما، فيكون قبضا عن المرتهن، كما أنه لو تنازعا فى الاستدامه و كان مما يؤجر و لم يتهايئا، جعله الحاكم على يد عدل يؤجره و يقسم الأجره على الشريكين، و فى الدروس و يتعلق الرهن بحصه الراهن من الأجره و ليكن مده الإجاره لا تزيد عن أجل الحق، فلو زاد بطل الزائد و تخير المستأجر الجاهل، إلا أن يجيز المرتهن و يأتى تمام الكلام فى ذلك إنشاء الله و الله أعلم.

### [الفصل الثانى فى شرائط الرهن ]

الفصل الثانى فى: شرائط الرهن اى المرهون صحه أو لزوما و قد ذكر المصنف بعضا منها فقال و من شرائطه:

أن يكون عينا مملوكا يمكن قبضه و يصح بيعه، سواء كان مشاعا أو منفردا و تفصيل البحث فيها أنه لا خلاف أجده فى الأول منها، بل ربما استشعر من عبارتى الغنيه و السرائر ذلك أيضا، سوى ما تسمعه من الخلاف فى خدمه المدبر، و هو الذى حكاه فى المختلف، و إلا- فلم نجد خلافا فى غيرها لأحد من العامه فضلا عن الخاصه.

و على كل حال فلو رهن دينا، لم ينعقد الرهن على المشهور نقلا- و تحصيلا بل ربما استشعر من عبارتى السرائر، و الغنيه، الإجماع عليه، و هو الحجه إن تم أو دعوى ظهور الأدله و لو بمعونه الشهره فى اعتبار العينيه بهذا المعنى فى صحه عقده أو مفهومه، بل لعل الشك فى الأخير كاف،- لا لأن القبض معتبر فى الرهن،

و هو غير ممكن فى الـدين الـذى هو أمر كلى لا وجود له فى الخارج يمكن قبضه؛ و ما يـدفعه المديون ليس عين الدين، بل هو أحد أفراده، فإن فساده واضح.

أما أولا: فلاقتضائه الصحه ممن لم يقل بالشرطيه، مع أنه صرح بالمنع فى السرائر، و القواعد، و غيرهما ممن لا يقول بالشرطيه.

و ثانيا: لا يتم على تقـدير اشتراطه فى اللزوم، فإن أقصاه عـدم اللزوم، لا الصـحه، مع أنه صـرح فى الغنيه بالمنع مع أنه ممن يقول بكونه شرطا للزوم دون الصحه.

و ثالثـا: معلوميه عـدم الفرق بين قبض الـدين فى البيع فى الصـرف فيه و غيره، و الهبه و غيرها، و بين الرهن، و لا ريب فى صـحه قبضه بتعيين المديون، و صدق قبض الدين على ذلك المدفوع، و إن كان هو أحد الأفراد التى يوجد فيها الكلى.

و رابعا: أنه لا يتم لو كان الـدين المرهون على المرتهن، لكونه مقبوضا له، و لـذلك صـح التصارف بما فى الذمم، و كان ذلك تقابضا منهما قبل التفرق، و لا لان الرهن ليس إلا من حيث عـدم الوثوق باستيفاء ما فى الذمه، فكيف يسـتوثق فى استيفائه بمثله، إذ فيه مع كونه غير تـام فيمـا لو قبضه و أبقاه رهنا عنـده، بل و غير تام فيما لو كان الـدين على المرتهن، إذ من الواضـح اختلاف النـاس فى سـهوله القضاء و عسـره، فكم من ديون متعينه الحصول يصـلح الاستيثاق بها دون غيرها مما يئس من تحصـيلها كما لا يخفى.

بل و لا لما فى الرياض صريحا و غيره ظاهرا من الشك فى حصول الذى هو شرط فى الرهن بذلك، بدعوى ظهور النصوص فى كون المقبوض الرهن نفسه الـذى جرى عليه العقـد، لافرده، و صدق القبض عرفا لا يسـتلزم تحقق القبض المتبادر من الأدله هنا، بل هو قبض لا يتناول ما عليه فى الذمه.

بـل قـد يمنع صـدق القبض عليه عرفا مع بقائه على ملك الـديان، و إن أجرينا عليه حكم المقبوض لو انتقل إلى المـديون نفسه، فالأصول حينئذ بحالها بعد صرف الإطلاقات إلى ما عرفت من القبض، بل عموم الوفاء بالعقود منصرف إلى إطلاق النصوص فى الرهون، فإنه بملاحظتها و النظر فيما ورد فى بعضها- مما هو كالتعليل

لشرعيه الرهن بأنه للوثوق الغير الحاصل فى أغلب أفراد المفروض- يحصل الظن القوى بل المتاخم للعلم بأن عقد الرهن لا يصح إلا فيما يمكن قبضه بنفسه قبضا حسيا، فينزل عموم الوفاء على ذلك، إذ هو الصحيح لا غيره كما ستسمع ذلك فى نظائر المقام مما لا يمكن قبضه و بيعه كالحر و شبهه.

و من ذلك تعرف عدم بناء المنع فى رهن الدين على شرطيه القبض، و إن حكم به الفاضل فى التذكره، ضروره كون الحاصل منه اشتراط كون الرهن مما يقبض قبضا حسيا، سواء قلنا باشتراط القبض فى الصحه أو اللزوم أو لم نقل، كما أن منه يعلم دفع العجب عن العلامه فى القواعد، حيث حكم بعدم صحه رهن الدين مع قوله بعدم الاشتراط، كالحلى فى السرائر، و تصريحه بالبناء فى التذكره لا يقضى بكونه كذلك فى القواعد، إذ ذلك كله بعد ما عرفت دعوى بل دعاوى خاليه عن الشواهد، بل هى بخلافها متحققه، ضروره عدم الفرق بين قبض الرهن و غيره، خصوصا بعد رهن المشاع الذى هو راجع إلى الكليه أيضا، بل و رهن الكلى الخارجى و لو بوصيه و نحوها قبل قبضه، كضروره حصول الوثوق برهنه بالطريق الذى ذكرناه.

فلا ريب فى كون المتجه الصحه، كما احتمله فى الدروس بناء على اشتراط القبض فى الصحه، فضلا عن اللزوم، و فضلا عن المختار من عدم الشرطيه أصلا بل كون الرهن مما يقبض لو سلمنا اشتراطه متحقق، كما عرفت، و لعله لذا احتمل فى الدروس، و الروضه الصحه كهبه ما فى الذمم، بل جزم به فى المسالك و المحكى عن مجمع البرهان.

نعم قد يحتمل كون المراد من الدين فى كلام المصنف و غيره خصوص المؤجل منه الذى لا يستحق الديان قبضه، فإنه قد يتجه المنع فيه، بناء على شرطيه استحقاق القبض فعلا، لعدم التمكن من الإقباض، و الانتظار الى حلول الأجل لا يجدى فى حصول شرط صحه الرهن، و هو المنفى، لا ذاك و لا ما إذا رضى المديون بتعجيل الحق و نحو ذلك مما يتصور فيه الصحه.

لكن قد عرفت انه لا دليل على الشرطيه المزبوره على وجه لا يكفى فيها استحقاق القبض المتأخر عند حلول الأجل، فالعمده حينئذ ما سمعته من الإجماع، و ان كان دون

تحصیله خرط القتاد- و دعوى ظهور النصوص- و لو بمعونه فتوى المشهور- فى اعتبار كون الرهن عينا لا دينا فى صحته، أو مفهومه، على نحو اعتبار العين و المنفعه مثلا- فى البيع، و الإجاره، و لا- ينافيه إطلاق الشرطيه فى كلامهم بعد تعارف إطلاقها عندهم على المقوم، بل يكفى الشك فى الأخير و لو للشهره و غيرها

لعدم إطلاق يحتج به حينئذ للنفى و الأصل الفساد.

و كذا الكلام لو أرهنه منفعه كسكنى الدار و خدمه العبد غير المدبر الذى لا أجد فيه خلافا، بل فى المسالك أنه موضع وفاق، بل قيل: إنه قد يظهر من جماعه، و لعله الحجه و إن علل مع ذلك بأن الدين إن كان مؤجلا فالمنافع تتلف إلى حلول الأجل فلا تحصل فائده الرهن، و إن كان حالا فيقدر ما يتأخر قضاء الدين بتلف جزء من المرهون، فلا يحصل الاستيثاق، و لأن المنافع لا يصح إقباضها إلا بإتلافها، فكان عدم الصحه متجها على القول باشتراط الإقباض، و بدونه، بل فى المسالك «ان الأمر على ما اختاره المصنف من الاشتراط واضح» و تبعه فى الرياض.

لكن تأمل فيه فى حاشيته على الروضه، فقال: «إن استيفاء الدين من عين الرهن ليس بشرط، بل منه أو عوضه، و لو ببيعه قبل الاستيفاء، كما لو رهن ما يتسارع إليه الفساد قبله، و المنفعه يمكن جواز ذلك فيها، بأن يؤجر العين و يجعل الأجره رهنا، و قريب منه القبض لإمكانه بتسليم العين ليستوفى منها المنفعه، و يكون عوضها رهنا، إلا أن يقال: إن ذلك خروج عن المتنازع، إذ رهن الأجره جائز، إنما الكلام فى المنفعه نفسها، و الفرق بينها و بين ما يتسارع إليه الفساد، إمكان رهنه، و المانع عارض».

و فيه أنه ليس خروجا بعد أن كان مورد العقد المنفعه، لا الأجره التى لا كلام فى جواز رهنها، و الفرق بعروض المانع غير مجد، فالعمده حينئذ الإجماع المؤيد بدعوى ظهور النصوص فى كون الرهن عينا لا منفعه، و لو على الوجه الذى سمعته سابقا، و إلا كان المتجه الجواز و إن قلنا بالاشتراط ضروره اجراء الشارع قبض الأعيان ذوات المنافع مجرى قبض المنافع فى الإجاره و غيرها.

و دعوى- اختصاص ذلك بالإجاره لمكان الحاجه إلى المنافع، و الا- فقبض العين ليس قبضا تاما فى الإجاره، بخلاف رهن المنافع، فإنه لا حاجه تمس إليها- واضحه المنع و عدم تماميه القبض لا ينافى إجراؤه مجراه، فلا ريب حينئذ فى أن العمده ما قلناه، كما يومى إليه التصريح بالمنع من القائلين بالشرطيه و عدمها، و تلف بعض المنافع إلى حلول الأجل أو إلى الاستيفاء غير قادح، بعد أن كان الاستيثاق فى المجموع الذى هو كاف فى صحه الرهن، سيما مع التصريح بذلك، فلا دليل حينئذ إلا ما عرفت فى دعوى الإجماع هنا أقرب منها فى الأول و الله أعلم بحقيقه الحال.

نعم لهم كلام فى خصوص رهن خدمه المدبر ستسمعه إنشاء الله و لكن قبل الكلام فى ذلك ينبغى أن يعلم أن فى رهن المدبر نفسه تردد أو خلاف، و الوجه عند المصنف و غيره من المتأخرين بل فى المسالك نسبته إلى الأكثر أن رهن رقبته إبطال لتدبيره كبيعه و هبته و نحوهما من العقود التى يكون الغرض منها ملك من انتقل إليه، أو استيفاء الدين من قيمته، إذ لا يتم ذلك إلا بالرجوع فى التدبير الذى هو من العقود الجائزه، كغيره، من الوصيه، فيكون حينئذ قصد شى ء منها كافيا فى الرجوع، للتنافى بينه و بين القصد السابق للتدبير، خلافا للمحكى عن الشيخ من الصحه، لأن الرهن لا يستلزم نقله عن ملك الراهن، و يجوز فكه، فلا يتحقق التنافى بين الرهن و التدبير بمجرد الرهن، بل بالتصرف فيه.

لكن الموجود فى المحكى عن مبسوطه كالذى فى السرائر إذا دبر عبده و رهنه بطل التدبير، لأن التدبير وصيه، و رهنه رجوع فيها، و إن قلنا إن الرهن صحيح و التدبير بحاله كان قويا، لانه لا دليل على بطلانه.

نعم زاد «فعلى هذا إذا حل الأجل فى الدين و قضاه المدين من غير الرهن كان جائزا، و إن باعه كان له ذلك، و عن خلافه إذا دبر عبده ثم رهنه بطل التدبير، و صح الرهن، إن قصد بذلك فسخ التدبير، و إن لم يقصد بذلك الفسخ لم يصح الرهن، و استدل بعدم الخلاف و الإجماع على أن التدبير بمنزله الوصيه، و الوصيه له الرجوع فيها، فكذا التدبير، فأما إذا لم يقصد الرجوع فلا دلاله على بطلانه- إلى

أن قال-: و إن قلنا: إن الرهن صحيح و التدبير بحاله كان قويا» و هما معا كما ترى، لا تصريح فيهما بذلك، بل ظاهرهما عدم القول به.

نعم يحكى عن الأردبيلى التصريح به مدعيا عدم المنافاه بينهما، و كأنه توقف فيه فى المسالك: و فى تدبير التحرير «الأقوى أن رهن المدبر ليس إبطالا له، و عتق بعد الموت، و يؤخذ من التركه قيمته تكون رهنا».

و عن الكفايه «أن فى المسأله أقوالا ثلاثه- القول بصحه الرهن، و أن رهن رقبته إبطال لتدبيره،- و القول بعدم الصحه، و القول بأن التدبير مراعى بفكه فيستقر، أو يأخذه فى الدين فيبطل».

و أنكر عليه فى الحدائق و غيرها، القول الثانى: و فى التذكره يصح رهن المدبر عند علمائنا، لكن لعله فهمه من عباره الخلاف السابقه المقيد ذلك بعدم قصد الفسخ أو أخذه من الدروس، فإنه حكاه عن النهايه قال، «و رهن المدبر إبطال لتدبيره عند الفاضلين، و على القول بجواز بيع الخدمه يصح فى خدمته» و فى النهايه «يبطل رهن المدبر» و فى المبسوط و الخلاف «يصح و يبطل تدبيره» ثم قوى صحتهما فإن بيع بطل التدبير، و إلا فهو بحاله، و تبعه ابن إدريس و هو حسن.

و كيف كان فالاحتمالات- التى بعضها أقوال- سته، أو سبعه، و إن أمكن فى بعضها إرجاعه إلى آخر أحدها: صحه الرهن و إبطال التدبير، ثانيها: الصحه و مراعاه التدبير، ثالثها: ما سمعته من التحرير، رابعها: ما سمعته من الخلاف، خامسها صحتهما معا على أن يكون رهنا إلى موت السيد فينعتق، و تبطل الرهنيه، فيكون كرهن المال الذى فيه الخيار لغير الراهن، و كرهن العبد المشروط حريته بناء على صحته، أو المنذور كذلك فى مده مخصوصه، أو العبد الجانى عمدا أو خطأ، و المرتد عن فطره، و المريض المأيوس منه، و كبيع المدبر على رأى المفيد، القائل بأنه إذا مات سيده تحرر، و ليس للمشترى عليه سبيل، و لعل هذا هو الذى قواه فى السرائر، بل لعله المحكى عن الأردبيلى.

سادسها- ما حكاه فى الكفايه من عدم صحه الرهن، سابعها: عدم الصحه إذا

كان المقصود رهنه بحيث يستوفى منه الدين، مع قصد عدم الرجوع بالتدبير، أما إذا كان مقصوده رهنا باقيا على صفه التدبير فيصحان معا، و الإطلاق منصرف إلى الثانى.

و لعل الأقوى الأول إذا كان التدبير مما يجوز له الرجوع فيه، لإطلاق أدله الرهن، و اجتماع الشرائط حال العقد، و لأن الرهن للتوثق الذى ينافيه ذلك، فإن لم يكن كذلك بأن كان واجبا عليه بنذر و نحوه فليس حينئذ إلا الخامس أو السادس، و كأن الأول منهما لا يخلو من قوه، خصوصا إذا قلنا بجواز بيعه منزلا على الخدمه أولا إلى موت السيد الذى ربما يرجع إليه ما سمعته من المفيد، بل هو الذى يقضى به التدبير فى كلام الدروس أولا.

و قد تلخص من ذلك أنه حيث يكون التدبير مما يجوز الرجوع فيه الأقوى الأول، سواء صرح بكونه يستوفى منه المال على كل حال إذا لم يؤد الدين، أو أطلق، أما صحه الرهن فلوجود المقتضى و ارتفاع المانع، و أما بطلان التدبير فللمنافاه و إلا لصح تدبيره و هو رهن.

و كون التدبير عتقا بصفه، فينبغى بطلان الرهن لا بطلانه، ليس من مذهبنا، للإجماع على جواز الرجوع به كالوصيه، و لا يحتاج إلى سبق فسخ التدبير، بل و لا إلى قصده على أقوى الوجهين، أو القولين، كما تعرفه إن شاء الله فى محله، و تقدم له نظائر فى الخيار و غيره، و يأتى فى الوصايا و غيرها، فهو حينئذ كبيعه و هبته و نحوهما بل كبيع المال الموصى به لشخص أو هبته أو رهنه مما يحصل به الرجوع قهرا لا قصدا.

نعم لو صرح بكونه رهنا باقيا على تدبيره جاء فيه الوجهان السابقان اللذان قد تقدم قوه أولهما، و أنه يكون كرهن الجانى و المنذور عتقه، و المريض المأيوس من برئه هذا كله مع إراده رهن رقبته.

أما لو صرح برهن خدمته، مع بقاء التدبير ففى المتن قيل: يصح، التفاتا إلى الروايه المتضمنه لجواز بيع خدمته، و قيل لا، لتعذر بيع المنفعه منفرده و هو أشبه لكن لم نعرف القائل بالأول، و إن حكاه غيره أيضا. نعم ربما نسب

إلى الشيخ فى النهايه، إلاـ أنى لم أجده فيها، لا فى الرهن و لا فى التدبير، و لكن قال: «لا يجوز بيعه قبل نقض تدبيره، إلا أن يعلم المشترى أن البيع للخدمه، و أنه متى مات هو كان حرا لا سبيل له عليه».

و فى الدروس «و تبعه على ذلك جماعه» فيمكن أن يكون وجه النسبه إليه القاعده التى ذكرها غير واحد، و هى- كل ما جاز بيعه جاز رهنه- إلاـ أن ذلك يقتضى القول به لغيره أيضا، و لعله لذا قال فى الدروس: «و لا يجوز رهن المنفعه لعدم إمكان بيعها، و لأن المنافع لا بقاء لها، فلا ينتفع بها المرتهن إلا خدمه المدبر، وفاقا لجماعه و قد سلف» و الذى سلف له فى كتاب التدبير جواز البيع، قال: «و صريح الرجوع رجعت فى تدبيره، أو نقضت، أو أبطلت و شبهه، دون إنكار التدبير، أما لو باعه أو وهبه و لما ينقض التدبير، فأكثر القدماء على أنه لاـ ينقض التدبير، فقال الحسن: «يبيع خدمته، أو يشترط عتقه على المشترى، فيكون الولاء له» و قال الصدوق:

«لا يصح بيعه إلا أن يشترط على المشترى إعتاقه عند موته». و قال ابن الجنيد:

«تباع خدمته مده حياه السيد». و قال المفيد: «إذا باعه و مات تحرر و لا سبيل للمشترى عليه». و قال الشيخ فى النهايه: «لا يجوز بيعه قبل نقض تدبيره، إلاـ أن يعلم المشترى بأن البيع للخدمه». و تبعه جماعه و الحليون إلا الشيخ يحيى، على بطلان التدبير بمجرد البيع، و حمل ابن إدريس بيع الخدمه على الصلح مده حياته، و الفاضل على الإجاره مده فمده حتى يموت، و قطع المحقق ببطلان بيع الخدمه، لأنها منفعه مجهوله، و الروايات مصرحه بها(۱)، و أن رسول الله صلى الله عليه و آله باع خدمه المدبر، و لم يبع رقبه، و عورضت ب

روايه محمد بن مسلم (۲)، «هو مملوكه، إن شاء باعه، و إن شاء أعتقه»

و أجيب بجعل البيع على الرجوع قبله، توقيفا، و الجهاله فى الخدمه غير قادحه، لجواز استثناء هذا، على أن المقصود فى البيع فى جميع الأعيان هو الانتفاع و لا تقدير لأمده، فالعمل على المشهور، و تخريجه- على تناول البيع الرقبه، و يكون

---

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۳- من أبواب التدبير الحديث- ۴.

۲- ۲ الوسائل- الباب- ۱- من أبواب التدبير الحديث- ۱.

کمشروط العتق- باطل بتصریح الخبر، و الفتوی بتناول الخدمه دون الرقبه».

قلت: قـد یظهر من المفیـد خلافه، بل یمکن تنزیل بعض عبارات غیره علیه، علی أن یکون إطلاقهم بیع الخـدمه منزلا علی أنه لا ثمره معتـدا بها لهـذا البیع إلا الخـدمه، بل یمکن تنزیل الروایات علی ذلک، محافظه علی قاعـده عـدم وقوع البیع علی المنافع، و احتمال تخصیصها بذلک موقوف علی قابلیتها، إذ هی-

خبر السکونی (۱)عن جعفر عن أبیه عن علی علیهم السلام قال: «باع رسول الله صلی الله علیه و آله خدمه المدبر و لم یبع رقبه».

و

خبر أبی مریم (۲)«سئل أبو عبـد الله علیه السـلام عن الرجـل یعتق جاریه عن دبر أ یطأها إنشاء أو ینکحها أو یبیع خـدمتها مـده حیوته؟ فقال: نعم أی ذلک شاء فعل».

و

خبر علی (۳)«سألت أبا عبـد الله علیه السـلام عن رجل أعتق جاریه له عن دبر فی حیاته قال: إن أراد بیعها باع خـدمتها فی حیاته فإذا مات أعتقت الجاریه، و إن ولدت أولادا فهم بمنزلتها».

و

خبر أبی بصیر(۴)«سـألت أبا عبـد الله علیه السـلام عن العبـد و الأمه یعتقان عن دبر فقال: لمولاه أن یکاتبه إن شاء، و لیس له أن یبیعه إلا أن یشاء العبد أن یبیعه قدر حیاته، و له أن یأخذ ماله إن کان له مال».

و الجمیع لا صـراحه فیها، بل هی قابله للتنزیل علی ما ذکرنا، بل خبر أبی بصـیر منها کالصـریح فیه، و إن کان لا قائل بما فیه من اشتراط مشـیئه العبـد، بـل نوقش فی أسانیـدها جمیعـا بالسـکونی، و أبـان، و القاسم بن محمـد، و اشتراک أبی بصـیر. و إن کان یدفعها عمل من عرفت بها، و سکون الأصحاب الی اخبار السکونی، و عدم قدح اشتراک أبی بصیر بعد عداله الجمیع، کما حرر فی محله، بل لعل روایه عاصم عنه هنا یعین أنه «لیث»، مضافا إلی روایه الجمیع فی التهذیب و الاستبصار؛ بل خبر أبی مریم

---

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۳- من أبواب التدبیر الحدیث- ۴.

۲- ۲ الوسائل- الباب- ۳- من أبواب التدبیر الحدیث- ۱.

۳- ۳ الوسائل- الباب- ۳- من أبواب التدبیر الحدیث- ۳.

۴- ۴ الوسائل- الباب- ۳- من أبواب التدبیر الحدیث- ۲.

و أبی بصیر منها قد رواه فی الفقیه أیضا، بل الأول منهما قد أرسله الصدوق فی الهدایه أیضا.

و من الغریب ما فی الحدائق فی المقام من أنی لم أقف بعد التتبع علی روایه جواز بیع الخدمه، و الموجود فی کلام جمله منهم إنما هو بهذا العنوان من غیر نقل مضمونها و منه یظهر قوه القول بالعدم، لما عرفت فیما تقدم من تعلیل عدم صحه بیع المنفعه، مع عدم وجود ما یعارضه و یوجب الخروج عنه، و الروایه المذکوره غیر معلومه، لعلها من روایات العامه.

و أغرب منه ما فی مفتاح الکرامه حیث رده بأن هذه الروایه قد اعترف بها المحقق و العلامه و غیرهما، بل قال الشهید: و الروایات مصرحه بها، فکان هناک روایات و لیس ما یحکونه إلا کما یروونه، و قد روی فی الهدایه عن الصادق علیه السلام إلی آخر خبر أبی مریم، ثم قال فلا تصغ إلی ما فی الحدائق من احتمال کونها من روایات العامه، حیث لم یقف علیها بعد التتبع، إذ هما معا کما تری.

و کیف کان فبناء علی أن ما جاز بیعه جاز رهنه، لا مناص عن العمل بها، إن لم یکن المراد منها ما ذکرنا، المؤید بموافقه بیعه مدبرا للضوابط فی الجمله، ضروره عدم خروجه بالتدبیر عن الملک المقتضی لجواز سائر التصرفات، و هذا الذی یعبر عنه ببیع الخدمه، و یمکن تنزیل تلک العبارات أو أکثرها علیه، و یبقی قاعده عدم جواز بیع المنافع علی حالها الذی لم یخصصها أحد منهم فی کتاب البیع و غیره و الله أعلم.

و أما الثانی: و هو اعتبار الملک فلا أجد خلافا فی اشتراط کونه مما یملک، فلا یصح رهن غیر المملوک کالحشرات و الخمر و الخنزیر للمسلم، کما ستعرف، لعدم إمکان استیفاء الدین منه، کما أنه لا أجد خلافا فی اشتراط کونه مملوکا للراهن أو مأذونا فیه، لعدم التمکن من استیفاء الدین منه بدون ذلک.

و حینئذ ف لو رهن ما لا- یملک لم یمض و وقف علی اجازه المالک لأن الظاهر جریان الفضولی فیه، بناء علی موافقته للضوابط، أو أنه أولی من النکاح الوارد فیه ذلک، أو لأنه ثابت فی البیع و لم یفرق أحد فیه و بین غیره من العقود

فتوقف بعض متأخری المتأخرین فیه هنا- و إن قلنا به فی البیع- فی غیر محله.

و احتمال- أنه علی غیر قیاس الفضولی، لأنه لیس رهنا علی دین المالک له بغیر إذنه- واضح الضعف، ضروره عدم الفرق بینهما بعد فرض تأثیر الأذن السابقه فیهما معا، فلیس إلا تأخیرها و هو غیر قادح فیهما معا، فهو إن لم یکن علی قیاس الفضولی فحکمه حکمه بلا خلاف أجده بین من تعرض له، فلا ینبغی التوقف فی القسمین معا.

بل لا یبعد صحه رهن التبرع کالوفاء و الضمان، فلو رهن مال نفسه علی دین رجل آخر من غیر إذنه بل مع نهیه صح، کما نص علیه فی التذکره، لإطلاق الأدله.

نعم یتوقف علی إذن المدیون لو رهنه عنه بعنوان الوکاله مثلا، و لو رهنه متبرعا فی أصل الرهنیه، لکن قصده مع ذلک الرجوع علی المدیون لو بیع بالدین فإن أجاز الدیان ذلک احتمل الإلزام به، و إلا کان رهنا و لا رجوع له علیه، و لعل مثله یجری فی وفاء الدین.

و کذا فی التوقف علی الإجازه لو رهن ما یملک و ما لا یملک فی عقد واحد لکن إذا فعل ذلک مضی فی ملکه، و وقف فی حصه شریکه إن کان مشترکا بینهما علی إجازته و کذا إذا لم یکن مشترکا، و الإشکال فی تبعض الصفقه هنا کالبیع واضح الدفع، کما حرر فی محله، کالإشکال فی أصل رهن المشاع من أبی حنیفه محتجا بعدم إمکان قبضه و هو خطأ محض، و بأنه قد یصیر جمیع ما رهن بعضه فی حصته الشریک، و هو- مع أنه أخص من الدعوی، إذ لا یجری إلا فی رهن الحصه المشاعه من بعض معین فی الدار المشترکه مثلا- یمکن أن یکون الحکم فیه بناء علی صحه إلزام الراهن بالقیمه لأنه کإتلافه، و یمکن أن یکون کالتلف من الله سبحانه فلا یلزم بشی ء، و یحتمل بناء الحکم فیه علی الاختیار و الإجبار فالأول کالإتلاف، و الثانی کالتلف، و لعل القول بالالتزام علی کل حال أولی، لأنه قد حصل له فی ذلک الجانب مثل ما رهنه.

إلا ـ أنه قد يقال يكون الرهن ما قابله من حصه الراهن لا القيمه، كما أن الظاهر توقف صحه القسمه على إذن المرتهن كباقى التصرفات، لكنه أطلق فى الدروس فقال: «لو رهن نصيبه فى بيت معين من جمله دار مشتركه صح، لأن رهن المشاع عندنا جائز، فإن استقسم الشريك و ظهرت القرعه له على ذلك البيت، فهو كإتلاف الراهن يلزمه قيمته، و لا يلحق بالتلف من قبل الله تعالى» و نحوه عن التذكره.

و على كل حال فرهن المشاع لا اشكال فيه عندنا، بل و لا خلاف، بل قد عرفت أن ظاهر الدروس الإجماع عليه، بل عن صريح الغنيه ذلك، بل فى التذكره يصح رهن المشاع سواء رهن من شريكه، أو من غير شريكه، و سواء كان ذلك مما يقبل القسمه أو لا ـ يقبلها، و سواء كان الباقى للراهن أو لغيره، مثل أن يرهن نصف داره أو نصف عبده، أو حصه من الدار المشتركه بينه و بين غيره عند علمائنا أجمع، فذلك كله مع إطلاق الأدله الحجه على أبى حنيفه.

نعم يعتبر فى الرهن أصل الملكيه كما عرفت و حينئذ ف لو رهن المسلم خمرا أو خنزيرا أو نحوهما مما لا يملكه المسلم لم يصح بلا خلاف أجده فيه، و لو كان عند ذمى لعدم ملكيه الراهن لها و عدم سلطنه على بيعها و وفاء دينه منها.

و لو رهنها الذمى عند المسلم، لم يصح أيضا، و لو وضعها على يد ذمى، على الأشبه الأشهر بل المشهور شهره عظيمه، بل لا خلاف أجده فيه إلا من المحكى عن المبسوط و الخلاف فى خصوص ما لو وضعه على يد ذمى، قال: «إذا استقرض ذمى من مسلم مالا، و رهن بذلك خمرا يكون على يد ذمى آخر يبيعها عند محل الحق فباعها و أتى بثمنها جاز له أخذه، و لا يجبر عليه» و زاد فى الأخير أن له أن يطالب بما لا يكون ثمن محرم، و قد يقال: بعدم صراحته فى الخلاف، خصوصا الأخير، بل مراده جواز أخذ الثمن مما جعله الذمى رهنا عند ذمى آخر على هذا الدين، و إن كان رهنا فاسدا.

و التعليل- بأن الحق فى وفاء الدين للذمى، فيصح الرهن كما لو باعها و وفاه

ثمنها، لأن الرهن لا يملك للمرتهن، و إنما يصير محبوسا عن تصرف الوارث- لم نجده له، و كأنه لغيره، ذكره له، و رده بأن يد الذمی الودعی كید المسلم الذی لا بد من اعتبار تسلطه علی البیع، و الاستیفاء من الرهن، و هو هنا ممتنع، و إن كان قد یناقش فیه بمنع كون یده، یده، ضروره عدم لزوم كونه وكیلا عنه، لعدم اشتراط استدامه القبض.

نعم المانع ما أشرنا إلیه، من عدم صحه تعلق حق المسلم فی الخمر علی الوجه المزبور، و هو معتبر فی المرتهن.

و علی كل حال فخلافه غیر متحقق، و علی تقدیره فلا ریب فی ضعفه، لعدم صحه تعلق حق المسلم فی الخمر المنهی عن قربها علی وجه یسلط هو أو الحاكم علی بیعها و الاستیفاء منها، بل لعله كذلك فیما لو مات الذمی المدیون لمسلم، أو فلس و لم یكن عنده إلا خمر أو خنزیر، و لا ینافی ذلك جواز أخذ ثمنها منه لو باعها، إذ لیس هو تعلق بها، و لذلك لیس له جبره علی بیعها، و لا اشتراط ذلك فی عقد لازم، بل لیس له أن یأمره بذلك، لكونه محرما علی الذمی، إذ هو مخاطب بالفروع، و كذا لا ریب فی ضعف ما سمعته منه من جواز الامتناع عن قبض ثمنه، وفاء مع فرض كونه مثل الحق، ضروره عدم الفرق بینه و بین غیره بعد جواز تناوله منه كما هو واضح.

و لو رهن أرض الخراج كالمفتوحه عنوه و التی صولح أهلها علی أن تكون ملكا للمسلمین و ضرب علیهم الخراج لم یصح عند المصنف و الجماعه، لأنها لم نتعین لواحد من المسلمین نعم یصح رهن ما بها من أبنیه و آلات و شجر لكونها مملوكه لصاحبها، بخلافها هی كما أنه یصح رهنها مع الآثار، بناء علی أنها تملك تبعا لآثار التصرف، بل لا یبعد حینئذ صحه رهنها نفسها دون الآثار، لكونها مملوكه ما دامت الآثار، كما عساه یظهر من الدروس، خلافا للمسالك فقال: «و إلا صح جواز رهنها تبعا لآثار التصرف من بناء و شجر و نحوهما لا منفرده» إلا أن الأمر سهل.

انما الكلام مع العلامه و غیره ممن جوز بیعها تبعا للآثار، و منع من

رهنها کـذلک، ضـروره أن المتجه له جواز رهنها تبعا للآثار، لعـدم الفرق، و احتماله- باعتبار أن الآثار قـد تزول قبل حلول أجل الـدین، فلاـ یصـح بیع الأـرض، أو باعتبار أن الأخبار هناک دلت بظاهرها علی جواز بیعها مطلقا، فنزلت علی ما إذا تصـرف فیها بهما، و لم یرد هنا شـی ء- کما تری، خصوصا بناء علی قاعـده ما جاز بیعه جاز رهنه، هذا. و قد قید جماعه البناء بما إذا لم یکن معمولا من ترابها، و إلا کان حکمه حکمها و یمکن دعوی کون السیره فی الآجر و الأوانی و غیرها علی خلاف ذلک.

و أمـا الثـالث: فلاـ ریب فی اعتبـاره بناء علی اشتراط القبض فی الصـحه ف لو لو رهن ما لا یصـح و لا یمکن إقباضه کالطیر فی الهواء غیر معتـاد العود و السـمک فی غیر المحصور من المـاء بحیث یتعـذر قبضه عـاده لم یصـح رهنه ، بـل و علی عـدمه لعـدم الاستیثاق بمثل ذلک.

لکن فی المسالک «أنه یمکن القول بالصـحه، لعـدم المانع» و تخیل تعذر استیفاء الحق من ثمنه، لعدم صـحه بیعه، یندفع بإمکان الصـلح علیه، و کلیه- ما صـح بیعه صـح رهنه،- لیست منعکسه عکسا لغویا و قـد تقدم مثله فی الدین و هو لا یخلو من وجه، مع فرض إمکـان الاستیفـاء بصـلح و نحوه مما لا یکون نادرا، و إلا لم یخل من نظر، کما فی الریاض، فإن مجرد الإمکان مع النـدره غـایه غیر محصـل للمقصود الـذاتی بـالرهن، و هو الاستیثاق و معه لا یحصل ظن بتناول ما دل علی لزوم العقود لمثله، و لعله لـذا اشترط الشرطین من لم یشترط القبض.

و کیف کـان فـإذا کان معتاد العود و الماء محصورا فالصـحه متجهه علی التقـدیرین کما صـرح به بعضـهم، و هل العبره بإمکان الإقباض عنـد التسـلیم؟ أو عنـد العقد؟ فلو رهن ما لا یمکن إقباضه عند العقد فاتفق القدره علیه فأقبضه، صح علی الأول، و بطل علی الثانی.

و لو رهن ممکن الإقباض عند العقد، فاتفق تعذره بعده، صح الرهن إذا تمکن من إقباضه بعد ذلک علی التقدیرین، و لعل الأمر فی المقام علی حسب ما تقدم فی البیع

بالنسبه إلى اشتراط القدره على التسليم، التى هى فى المقام أولى بالاعتبار، بناء على اشتراط القبض فيه، و إن كان مقتضى الأصل المستفاد من إطلاق الأدله عدم شرطيه كل ما شك فيه، فتأمل جيدا فإنه يمكن الفرق بين البيع و بين المقام باعتبار عدم الغرر فى الأول، دون الثانى، الذى لا سفه أيضا فى إيقاع عقد الرهن عليه مراعى بالقبض، بخلاف المعاوضه، و من هنا ينقدح الشك فى أصل الشرطيه إن لم يكن إجماع حتى على القول باعتبار القبض، و الله العالم.

و كذا لو كان مما يصح إقباضه و لكن لم يسلمه بناء على اعتباره فى الصحه، و لم يلزم بناء على اعتباره فى اللزوم، و صح بدون التسليم، بناء على عدم اعتباره فى صحه، و لا لزوم، إلا أنه ينبغى أن يعلم أن المراد من الأول، بقاء الصحه مراعاه، إلى أن يحصل ما يقتضى الفسخ من قول أو فعل، و إلا فعدم التسليم أعم من ذلك، ضروره عدم اشتراط مقارنه التسليم للعقد كما هو واضح.

و كذا لو رهن عند الكافر عبدا مسلما أو مصحفا لنفى السبيل فى الكتاب العزيز و قيل: و القائل الشيخ فى المحكى عن مبسوطه يصح رهنه و يوضع على يد مسلم، و هو أولى عند المصنف، و الفاضل و الشهيدين و غيرهم لمنع تحقق السبيل بذلك، لأنه إذا لم يكن تحت يده لم يستحق الاستيفاء من قيمته إلا ببيع المالك، أو من يأمره بذلك، و مع التعذر يرفع أمره إلى الحاكم ليبيع و يوفيه، و مثل هذا لا يعد سبيلا، لأن مثله يتحقق بالموت و التفليس و نحوهما.

و فيه: أن ذلك يقتضى جوازه و إن وضع فى يده إذ لا تسليط له، و إن كان فى يده إلا بالطريق المزبور، و الفرض أنه غير سبيل، و لو سلم وكالته عن الراهن أمكن منع كونها سبيلا للكافر، بل هى من سبيل المؤمن كإيداعه و نحوه، بل يد المسلم هنا نحو يد الذمى التى قالوا هناك أنها لا تجدى فى ارتهان المسلم الخمر، لكونها يد المرتهن، فالمتجه بناء المسأله على صحه تعلق حق الرهانه للكافر فى المسلم و المصحف، و عدمها، من غير فرق بين الوضع على يد المسلم و عدمه، و لعله لذا أطلق

المنع فی التذکره و غیرها، بل ربما ادعی أنه معقد محکی الإجماع.

لکن الإنصاف عدم خلو القول بالصحه مطلقا من قوه، إن لم یثبت إجماع علی خلافها لمنع کونه سبیلا، بل هو أسهل من إجاره المسلم نفسه للکافر، و لا بأس بتعلق حق الکافر بهما کما فی الموت و التفلیس، و به یفرق بینه و بین تعلق حق المسلم فی الخمر، و الخنزیر، إلا أنه یمکن دعوی تحقق الإجماع مع الوضع فی ید الکافر بخلاف الوضع علی ید المسلم و الله أعلم.

و أما الرابع: فلا ریب فیه لعدم التمکن من استیفاء الدین منه بدونه ف لو رهن وقفا لم یصح إذ لا یجوز بیعه، و إن کان مملوکا کالموقوف علیه، و علی تقدیر جوازه علی بعض الوجوه یجب أن یشتری بثمنه ملکا یکون وقفا، فلا یتجه الاستیفاء منه مطلقا، و ما یبایع للحاجه قد یتطرق إلیه فی وقت الاحتیاج إلی بیعه عدمها، فلا یکون مقصود الراهن حاصلا، و لعله لذلک أطلق من تعرض له، لکن قد یمنع منافاه هذا الاحتمال للرهن، کما فی الجانی و المرتد هذا.

و فی المسالک «لو قیل بعدم وجوب إقامه بدله أمکن رهنه حیث یجوز بیعه» و نحوه فی غیرها أیضا، و حینئذ فإطلاق من تعرض هنا، لعدم جواز ذلک عنده، أو لعدم وثوق الراهن، إذ یمکن انتقاله قبل بیعه إلی غیر الراهن بموت و نحوه مثلا، بناء علی قدح مثل هذا الإجمال فی الرهن، و تحریر المسأله قد تقدم فی کتاب البیع و نماؤه إنما یکون رهنا تبعا، لا أن عقد الرهن یکون علیه قبل تحققه.

و کذا لا یصح رهن منذور العتق مطلقا أو مقیدا بالتعجیل، أو بوصف کمجی ء وقت، أو شرط کعافیه مریض، بناء علی عدم جواز بیعه. و من الغریب أن الفاضل فی التذکره مع اشتراطه فی الرهن ذلک، جوز رهن المعلق علی الوقت، أو الوصف، ثم قال: «و هل یباع لو حل الدین قبل الوصف؟ الأولی المنع، لأنه و ان لم یخرج عن ملکه بنذر، إلا أنه قد تعلق به حق لله تعالی، و بیعه مبطل لذلک الحق» و لعله لا یخلو من وجه فی الوصف؛ أی الشرط لأصاله عدم حصوله، و لذا خص التردد فیه فی

القواعد، و الدروس ثم قال فى الأخير: «و على الصحه لو وقع الشرط، أعتق و خرج عن الرهن، و لا يجب اقامه بدله إذا كان المرتهن عالما بحاله، و إلا فالأقرب الوجوب هنا».

و فيه: منع كون ذلك الأقرب، كما أن الوجه عدم الصحه فى أصل المسأله، لأن ذلك لا يسوغ البيع للمالك. فلا يجدى الراهن، بخلاف احتمال قتل العبد بالجنايه و نحوها، فان ذلك لا يمنع البيع للمالك، و احتمال صحه البيع لعدم حصول الشرط غير كاف فى صحه الرهانه كما هو واضح، فتأمل جيدا.

ثم إنه ينبغى أن يكون المراد من البيع مطلق النقل و لو بالصلح، فلو اجتمع فيه الشرائط المزبوره إلا انه لا يصح خصوص بيعه، و إن صح الصلح عليه صح رهنه، ضروره عدم اختصاص البيع بذلك بعد إمكان الاستيفاء منه، و حينئذ فلا يجوز رهن كل ما لا يجوز للمالك نقله، و إن كان عينا مملوكه له يمكن قبضها، و منه المكاتب و لو مشروطا، لأن الكتابه عقد لازم لا يمكن استيفاء الدين معها، و احتمال العجز فى المشروط غير مجد، و أما أم الولد فتسمع الكلام فيها فى آخر المبحث إنشاء الله.

و كيف كان ف يصح الرهن للمشترى فى زمن الخيار، سواء كان للبائع، أو للمشترى، أولهما، لانتقال المبيع بنفس البيع على الأشبه خلافا للشيخ حيث حكم بعدم الانتقال، لو كان الخيار للبائع أو لهما إلا بعد مضى زمن الخيار، و قد تقدم ما فيه سابقا، لكنه أشكل فى المسالك الرهن على الأول أيضا، فيما إذا كان الخيار للبائع أولهما بما فيه من التعرض لإبطال البائع و مثله بيعه، و ما أشبهه من الأمور الناقله للملك، قال: «و تحرير المسأله يحتاج إلى تطويل. نعم لو كان الخيار له خاصه فلا إشكال، و يكون الرهن مبطلا للخيار، و كذا يجوز للبائع رهنه لو كان الخيار له، أولهما، و يكون فسخا للبيع».

قلت: قد تقدم منا فى باب الخيار ما يعلم منه تحرير المسأله، و نزيد هنا أن الصور سته، إذ الخيار إما للبائع، أو للمشترى، أولهما، و الراهن البائع، أو المشترى، فإن كان الأول: و قد رهنه هو كان فسخا، و لا يشكل صحه الرهن بعدم

الملک قبله، إذ الظاهر حصوله فی مثله فی آن ما قبله، بل لعل القصـد المتعقب للرهانه کاف فی الفسخ. و إن کان المشتری، فقد عرفت سابقـا أن الاحتمالات فی بیعه ثلاثه، نفوذ البیع و مطالبه ذی الخیـار لو فسـخ بالمثـل أو القیمه، و بطلان البیع و صـحته متزلزلا، فعلی الأول لا ینبغی التوقف فی صـحه الرهانه، کما أنه لا ینبغی التأمل فی البطلان علی الثانی، أما الثالث: ففی الصـحه و عدمها علیه احتمالان، أقواهما الصحه.

و إن کان الثانی: و الراهن البائع، فإن أجاز المشتری الخیار و الرهانه صح، و ان أجازه دونها بطلت، و إن فسخ الخیار ففی صـحه الرهانه وجهان، ینشـئان من وقوع الرهانه فی غیر ملک، و من أولویته من إجازه المالک، و أما إذا کان الراهن المشتری فلا ریب فی أنه إجازه، و لا یأتی فیه الإشکال السابق، و من ذلک یعلم الحال فی باقی الصور.

و رهن الواهب الموهوب الذی یصح له الرجوع فیه فسخ للهبه، کرهن البائع ذی الخیار المبیع، بل و کذا رهن غریم المفلس عینه التی له الرجوع فیها، و الإشکال المتقدم سابقا قد عرفت دفعه.

نعم یحتمل جعل المـدار علی ما دل علی جواز تصرف ذی الحق فما ثبت کونه کذلک وجب القول بتقدیر الفسخ فی آن ما، و إلا لم یجز حتی یفسـخ محـافظه علی الضوابـط هـذا. و فی الـدروس «و لـو رهن غریم المفلس عینه الـتی له الرجـوع فیهـا قبله، فالأجود المنع، و أولی منه لـو رهن الزوج نصـف الصـداق قبـل طلاق غیر الممسـوسه، و رهن الموهـوب فی موضع یصـح فیه الرجوع کرهن ذی الخیار» و قد یرید فی الأول قبل الفلس، و إلا لم نجد فرقا بینه و بین رهن الموهوب و الله أعلم.

و یصح رهن العبد المرتد لا عن فطره و الأمه و الخنثی مطلقا، بلا خلاف صـریح أجده فیه، للأصل و العمومات فی البیع و الرهن و غیرهما، و احتمال عدم التوبه غیر مناف لمالیته، کاحتمال عدم برء المریض، بل قد یقوی الجواز و لو کان عن

فطره لذلك أيضا، وفاقا للشيخ، و يحيى بن سعيد و الفاضلين و الفخر فى شرح الإرشاد، و الشهيدين، و غيرهم على ما حكى عن بعضهم، للأصل و العموم السابقين، بل ربما ظهر من بعضهم المفروغيه من بيعه، فينبغى أن يكون رهنه كذلك، لوجود المقتضى و ارتفاع المانع.

و دعوى- انه بمنزله ما لا نفع فيه، أو غير المملوك، أو المستحق للغير، أو نحو ذلك مما يمنع جواز بيعه أيضا- واضحه البطلان، كدعوى الفرق بين البيع و الرهن بإمكان الانتفاع به فى الأول منفعه حاليه، بخلاف الثانى، الذى يراد منه الوثوق المفقود فى المقام، لاحتمال قتله، إذ نمنع اعتبار الوثوق فى الرهن بحيث يقدح فيه مثل ذلك، خصوصا فى مثل هذه الأزمنه المتعذر إقامه الحد فيها، بناء على أنه وظيفه الإمام، و ان منه حد المرتد، بل لو قلنا بوجوب قتله على سائر المكلفين الذين منهم الراهن و المرتهن، لم يمنع ذلك تعلق حق الرهانه فيه ما دام غير مقتول.

و الحاصل لا ينبغى التأمل فى الجواز بناء على جواز بيعه، كما أنه لا ينبغى التأمل فى العدم، على تقدير العدم، و لعل الأقوى جوازهما معا، لإطلاق الأدله و عمومها، فما عن أبى على- من عدم جواز رهن المرتد، بل مقتضى إطلاقه و إن لم يكن فطريا، للخروج عن الملك واضح الضعف خصوصا فى غير الفطرى، و إن وافقه الفاضل فى التذكره فى الفطرى، و استشكل فيه فى القواعد، قيل: و ربما مال إليه فى الإيضاح، و لعله لعدم قبول توبته ظاهرا و باطنا، فيكون من الأعيان التى لم تقبل التطهير، فلا يجوز بيعه فلا يجوز رهنه، و إن كان قد يمنع العموم للأعيان النجسه بحيث يشمل ذلك المسبوق بالملك، و ليس نفعه بمباشرته، فتأمل جيدا و الله أعلم.

و كذا رهن الجانى خطأ على المشهور، بل ظاهر تخصيص المصنف التردد فى العمد عدم الخلاف فيه. و هو كذلك من غير المحكى عن المبسوط، لكنه أبطل الرهن فيه، و فى العمد، فلا جهه لاختصاصه بالعمد حيث قال و فى العمد تردد بناء على أن المنشأ ذلك.

و كيف كان ف الأشبه بأصول المـذهب الجواز فيهما لحصول المقتضـى الذى هو استجماع شـرائط الرهن حال الرهانه، و عدم المـانع، إذ لم يثبت مـانعيه حق الجنـايه عن البيع و نحوه، فضـلا عن الرهانه، و احتمال القصاص و الاسترقاق للكل أو البعض غير قـادح، كمـا إذا جنى و هو رهن، إذ لاـ يعتبر فى الاستيثـاق نفى سـائر الاحتمالاـت، بل قـد يقال فى مثل الجانى خطأ انه إذا رهنه المولى التزم بفكه لأن الخيار بيـده، فيكون ذلك منه اختيارا للفك، فلا إشـكال حينئـذ فى الصـحه، و منه ينقدح وجه اختصاص المصنف التردد فى العمد الذى يكون الخيار فيه لغير المولى.

و على كل حال فحق الجنايه مقـدم على حق الرهانه، تقـدم أو تأخر بلا خلاف بل و لا إشـكال، لتعلق حق الجنايه بالرقبه، بحيث يـذهب بـذهابها، بخلاـف حق الـدين الـذى وضع الرهن بسـببه، فإن فك منها حيث يمكن الفك بقى حق الرهانه ثابتا و إلا بقى الفاضل عن حق الجنايه رهنا إن لم يكن مستوعبا تمام الرقبه.

و لـو أقر المرهون بالجنـايه و صـدقه الراهن و المرتهن فكالجـانى، بخلاـف مـا إذا صـدقه الراهن خـاصه، أمـا لو كـان المصـدق المرتهن ففى الدروس بطل الرهن، إلا أن يعفو المجنى عليه أو يفديه أحد، أو يفضل منه فضل عن الجنايه، و يحتمل بقاء الرهن، لعدم صحه إقرار المرتهن، و اعتراف الراهن بالصحه.

قلت: لا ريب فى ضـعف الاحتمال حيث يكون للجانى الاسترقاق و قد استرق إذ صحه احتمال الرهن مع علم المرتهن بكونه مال الغير فى غايه الضـعف، كضـعف احتمال رجوع المجنى عليه على الراهن لو بيع الرهن لتكذيب المرتهن، و إن كان قد أخذ ثمنه عن دين الراهن الذى لم يقصر فى الإقرار، و إن كان لم ينفذ على المرتهن.

نعم له دفعه إليه على جهه المقاصه، و لو قال الراهن: أعتقته أو غصـبته أو جنى على فلان قبل أن أرهنه، حلف المرتهن على نفى العلم، و غرم الراهن للمقر له، للحيلوله، و لو نكل فالأقرب إحلاف المقر له، لأن الحق له، لا للراهن، لعدم

جواز الحلف لإثبات مال الغير، فإذا حلف المجنى عليه، بيع منه ما قابل الجنايه و بقى الفاضل رهنا، و إن حلف العبد حكم بحريته، و لو نكل المقر له، احتمل ضمان المولى للحيلوله، و العدم للتقصير بالنكول، و المراد من الضمان للعبد أن يفكه من الرهن، فإن لم يفعل و قد بيع وجب فكه من المشترى و لو بأضعاف قيمته بل الظاهر ضمانه منافعه التى استوفاها المشترى، فضلا عما استوفاها هو قبل الرهانه.

نعم لا يضمن ما فات منها لعدم ضمان منافع الحر بالفوات، و لو جنى العبد بعد الرهانه، ففكه المرتهن على أن يبقى العبد رهنا على مال الفك و الدين جاز مع رضا المولى لأن الحق لا يعدوهما و قد اتفقا عليه، بل فى الدروس «انه لو شرط فى الرهن على الدين الثانى فسخ الأول، ففى اشتراطه هنا بعد، لأن المشرف على الزوال إذا استدرك كالزائل العائد، فالزوال ملحوظ فيه، فيصح الرهن عليه، و على الدين السالف، و يحتمل المساواه، لأنه لما لم يزل فهو كالدائم، و الأصحاب لم يشترطوا الفسخ».

و إن كان لا يخفى عليك ضعف الوجه الأول، إلا أن الذى يسهل الخطب ما ستعرفه فيما يأتى من أنه لا يشترط فى الرهن على الثانى فسخ الأول بلا خلاف، و لو كانت الجنايه على المولى فان كانت عمدا اقتص منه، و إن كانت خطأ أو عمدا و لم يرد القصاص، لم يكن له أخذ المال من المرتهن، لعدم ثبوت مال له على ماله، و إلا لزم تحصيل الحاصل، فيبقى الرهن بحاله حينئذ.

نعم لو دفع المرتهن له مالا من نفسه لإسقاط حق القصاص، محافظه على إبقاء الرهن جاز، إذ ليس هو إثبات مال على ماله، لكن أطلق فى الدروس فقال: «لا يجوز أخذ المال من المرتهن فى الخطأ و العمد، و لا افتكاكه».

و لعله لا يريد ما ذكرنا، فإن المتجه فيه الجواز، كما أن المتجه فيما لو جنى على مورث مولاه ثبوت ما كان للمورث من القصاص و الافتكاك للمولى، على ما صرح به فى الدروس، لأنه باسترقاقه يكون بحكم مال المورث الذى يتعلق به وصاياه و ديونه

و منه ينتقل إلى الوارث، أما لو جنى على عبـد مولاه فله القصاص قطعا إلا أن يكون أبا للمقتول، و فى الدروس «و ليس له العفو على مـال إلاـ أن يكون مرهونـا عنـد غير المرتهن المجنى عليه، أو عنـده و اختلف الـدينان، فيجوز نقـل ما قابل الجنايه بـدلا من المجنى عليه، إلى مرتهنه» و لا يخلو من نظر، و تسمع إنشاء الله تمام الكلام فى هذه الأحكام عند تعرض المصنف لها.

و كيف كان فان كان المرتهن غير عالم برده العبـد، أو جنايته و قـد اشترط رهنه فى بيع تخير فى فسـخ البيع، لان الشـرط اقتضاه سليمـا. نعم لو كـان عالمـا بهمـا لم يكن له خيـار، و كـذا لو تاب أو فـداء مولاه ثم علم، و إن اختار الإمساک فى الأول فليس له المطالبه بأرش يكون رهنا، للأصل كما لو قتل قبل علمه. و الله أعلم.

و لو رهن مـا يسـرع اليه الفسـاد قبل الأجل و لكن كان يمكـن إصـلاحه بتجفيف و نحوه صـح بلا خلاف، بل فى المسالک قولا واحـدا، بـل و لاـ إشـكال، ضـروره وجود المقتضـى و ارتفاع المانع، ف يجب حينئـذ على الراهن الإصـلاح، لأن ذلک من مؤنه حفظه، كنفقه الحيوان.

و كذا إن شـرط بيعه، جاز و إن لم يمكن إصـلاحه بلا خلاف و لا إشـكال لحصول المقصود بالرهن بهذا الشـرط، فيبيعه الراهن حينئذ، و يجعل ثمنه رهنا، فإن امتنع جبره الحاكم، فان تعذر باعه المرتهن، أو الحاكم دفعا للضرر، و جمعا بين الحقين.

و كـذا لو كان مما لا يفسـد إلا بعـد الأجل، بحيث يمكن بيعه قبله، أو كان الدين حالا لحصول المقصود بالرهن مع ذلک كله و أما إن لا يمكن شـى ء من ذلک، و قد شرط الراهن فيما يفسد قبل الأجل عدم البيع قبل الأجل بطل الرهن كما صرح به جماعه، بل لا أجد فيه خلافا لمنافاته مقصود الرهن حينئذ، بل المراد من الشرط الرابع إمكان الاستيفاء من الرهن عند ارادته.

لكن فى المسالـک احتمـال الصـحه، كمـا لو أطلق قال: «و شـرط عـدم البيع لا يمنع صـحه الرهن، لأن الشارع يحكم عليه به بعد ذلک صيانه للمال» و فيه أنه

لا معنى لحكم الشارع مع صحه الشرط، و إن كان باطلا بطل الرهن المشترط فيه، بناء على بطلان العقد بمثله.

نعم لو أطلق اتجه القول بالصحه، وفاقا للفاضل، و الشهيدين، و المحقق الثانى، و المحكى عن غيرهم فيبيعه المالك عند خوف الفساد، و يجعل ثمنه رهنا، فإن امتنع جبره الحاكم جمعا بين الحقين، و لتوقف صحه الرهانه المحمول عليها فعل المسلم على ذلك، و خلافا للمحكى عن الشيخ، و ظاهر ابنى زهره، و إدريس، لعدم اقتضاء عقد الرهن بيع الرهن قبل حلول الأجل، فلا يجبر عليه الراهن، و حينئذ فلا يملك المرتهن استيفاء الدين منه عند حلول الأجل، بل يكون كرهن المقطوع بعدم بقائه إلى الأجل، و فيه منع عدم اقتضاء عقد الرهن ذلك فى مثل الفرض كما هو واضح.

و من ذلك ظهر لك قوه ما أشار إليه المصنف بقوله و قيل: يصح و يجبر مالكه على بيعه فى صوره الإطلاق التى هى محل هذا القول بحسب الظاهر، كما عن المبسوط حكايته كذلك، لا الأعم منها و من صوره الشرط التى قد عرفت قوه البطلان فيها، هذا كله فى المعلوم فساده قبل الأجل حال الرهانه، أما إذا طرء ما يقتضى فساده قبل الأجل بعدها، فلا ينبغى التأمل فى بقاء الصحه حينئذ و البيع و جعل الثمن رهنا جمعا بين الحقين.

و الفرق بينه و بين ما سبق واضح، بل الظاهر كون الحكم هنا كذلك، و إن قلنا بالبطلان مع الإطلاق و من هنا قال فى الدروس: «و إن طرء الفساد بعد القبض لم ينفسخ العقد، و لو قلنا ببطلان رهنه مع عدم شرط البيع، لأن الطارى لا يساوى المقارن» و من ثم يتعلق الرهن بالقيمه لو أتلف الرهن متلف و هى دين، و لا يجوز رهن الدين ابتداء فحينئذ يباع و يتعلق بثمنه، بل هو كذلك أيضا و إن كان قد اشترط عليه عدم البيع قبل الأجل على جهه التأكيد، إذ لم يكن المقصود من الشرط ما ينافى الرهانه نعم لو فرض تصريح المشترط بعدم البيع حتى مع طرو المفسد، أمكن القول بالبطلان فتأمل جيدا. ثم ان الظن بالفساد الذى ينافى الوثوق عرفا كالعلم، بخلاف الاحتمال

بل و الشک، بل و بعض أفراد الظن.

و کیف کان فما یتفرع علی الشرط الرابع مما ترکه المصنف عدم جواز رهن أم الولد، فإنها و إن کانت عینا مملوکه یمکن قبضها، لکن لا یجوز بیعها، و من هنا نسب المنع فی المحکی عن الإیضاح. و حواشی الشهید إلی الأصحاب.

لکن فیه أن المحکی عن أبی علی الجواز، بل لم یستبعده فی المختلف، و فی جامع المقاصد فیه قوه، بل قیل: إنه قد یظهر من موضعین من المبسوط، و کذا الغنیه، بل هو الأقوی إذا کان فی ثمن رقبتها مع إعسار مولاها، وفاقا للتحریر، و الدروس، لوجود المقتضی و ارتفاع المانع، و احتمال- یسار المولی قبل حلول الأجل فلا یجوز بیعها، فینتفی المقصود من الرهن- غیر قادح بعد أن کان الإعسار مستصحبا مع أنه یمکن القول بأن له الحبس حینئذ، حتی یفیه المولی، بل قد یتجدد إعساره فلا تنتفی فائده الرهانه أصلا.

قال فی الدروس: «لو رهنها فتجدد له الیسار انفسخ الرهن، و وجب الوفاء و یحتمل بقاؤه حتی یوفی، لجواز تجدد إعساره قبل الإیفاء، و لعله أقرب» فظهر من ذلک أن الإشکال فی رهنها فی الفرض کما فی القواعد ضعیف، نعم یتجه المنع مع الیسار إذ احتمال کفایه حبس المال عن المالک فی صحه الرهن و إن لم یجز بیعه خلاف المفهوم من الأدله، و إلا لجاز رهن الوقف و نحوه، کاحتمال الاکتفاء باحتمال تجدد الإعسار المجوز للبیع، بعد فرض اقتضاء الأصل عدمه، و فقد الشرط حال العقد، فما فی القواعد عن احتمال الجواز فیه فی غایه الضعف، و أضعف منه احتماله فی غیر ثمن رقبتها، اکتفاء فی الرهن بالحبس المزبور الذی قد عرفت ضعفه.

نعم قد یقال بجواز رهنها فی بعض المواضع المستثناه من حرمه بیعها، إذا تصور إمکان رهنها فیه، لکونه حینئذ رهنا فیما یجوز بیعها فیه.

ثم إنه لا یتوهم اقتضاء الشرط الرابع عدم جواز رهن الجاریه بدون ولدها الصغیر، بناء علی حرمه التفرقه بینها و بینه، لعدم کون الرهن تفرقه، و لذا ادعی الإجماع علی جوازه فی محکی التذکره و الإیضاح.

و عن السرائر «يجوز رهن الجاريه و إن كان لها ولد صغير إجماعا» بل الظاهر ذلک و إن قلنا بجواز بيعها منفرده فى الرهن، لعدم لزوم الرهن للتفرقه فلا يحرم، مع أن الأقوى وجوب بيع الولد معها لو أريد بيعها فى الرهن، لتوقف صحه البيع الذى اقتضاه الرهن على بيعه معها، فيجب حينئذ مقدمه.

و ما فى القواعد- من احتمال جواز بيعها منفرده، و يقال: إنها تفرقه اضطراريه- واضح الضعف، ضروره عدم اقتضاء عقد الرهن بيعها منفرده، و إن كانت قد رهنت كذلک، فيضم ولدها حينئذ معها، سواء باعها المالک أو بيعت جبرا عليه، و لذا ترک الاحتمال فى الدروس و غيرها، فيباعان حينئذ، ثم يختص المرتهن بقيمه الأم و ان نقصت بضمه إليها، أما لو زادت فقيل: تقسم الزياده على نسبه ثمن الجاريه و الولد فيختص المرتهن على النسبه فلو قومت مع ولدها بمأه و عشرين، و مفرده بمأه، و ولدها مفردا بعشره، كان الزائد بالاجتماع عشره، فيقسم أحد عشر حصه، يختص المرتهن منها بعشره، و المالک بواحده.

و قد يشكل- بعدم استحقاق المرتهن هذه الزياده الحاصله بانضمام غير المرهون من مال المالک، فينبغى اختصاصه بها أجمع، و لم يكن للمرتهن إلا قيمه الجاريه منفرده- و يدفع بإمكان دعوى استحقاق المرتهن الاجتماع بعد فرض تعلق الرهانه بها و هى ذات ولد، بل قد يحتمل اختصاصه بها، و أنه ليس للمالک إلا قيمه الولد منفردا، لكن العدل، ملاحظه تتساويهما فى الزياده.

و فى القواعد «تقوم منفرده، و منضمه، ثم ملاحظه النسبه، فلو قومت منفرده مثلا بماءه و منضمه بماءه و عشرين، كان قيمه الولد السدس، قال: و يحتمل تقدير قيمه الولد منفردا حتى تقل قيمته، فإذا قيل عشره فهو جزء من أحد عشر لو كانت قيمه الأم مائه».

و فى الدروس «إما أن يقوما جميعا ثم يقوم الولد وحده، أو يقوم الأم وحدها، و مع الولد، أو كل منهما وحده، لأن الأم تنقص قيمتها إذا ضمت إليه لمكان اشتغالها بالحضانه، و الولد تنقص قيمته منفردا لضياعه، و وجه تقويم الأم وحدها أن الرهن

و رد عليها منفرده، و هو قول الشيخ، و كذا لو حملت بعد الارتهان و قلنا: بعدم دخول النماء المتجدد، أو كان قد شرطا عدم دخوله».

قلت: ما ذكره أخيرا يقتضى أن الزياده كلها للمالك، لأنها فى قيمه الولد، و النقصان الذى حصل فى الجاريه بالضم مستحق على المرتهن، لعدم صحه بيعها بدونه و قد رضى بها رهنا و هو على هذا التقدير جيد، كما أنه لو فرض زياده قيمه الجاريه به دون قيمه الولد، يتجه اختصاص المرتهن بها، إنما الكلام لو حصلت الزياده لهما بالضم، أو النقصان، و قد عرفت الحال فيه فتأمل جيدا.

ثم إن ظاهر المصنف و غيره ممن اقتصر كاقتصاره على الشروط الأربعه، عدم اشتراط أمر آخر غيرها، لكن فى القواعد «لا يصح رهن المجهول»، و فى المحكى عن مواضع من المبسوط، بل عن الخلاف، نفى الخلاف عن عدم صحه الرهن فيما فى الحق. بل قيل: ظاهره نفيه بين المسلمين، و فى التذكره «لو كان ما فى الحق مجهولا لم يصح الرهن قطعا فى المظروف خاصه، للجهاله على اشكال، و يصح الرهن فى الحق عندنا، و إن تفرقت الصفقه إذا كان له قيمه مقصوده».

و فى الدروس «لا يصح رهن أحد العبدين أو العبيد لا بعينه، للغرر، بل قال:

و الظاهر أنه يعتبر علم الراهن و المرتهن بالمرهون مشاهده أو وصفا» و هو ظاهر الشيخ حيث منع من رهن الحق بما فيه للجهاله، و جوزه الفاضل، و اكتفى بتمييزه عن غيره، و الشيخ نقل الإجماع على بطلان رهن ما فيه، و يصح رهن الحق عنده.

قلت: إن تم هذا الإجماع كان حجه على خصوص معتقده، و ما شابهه من المجهول من جميع الوجوه، و إلا فالإطلاقات تقتضى الجواز، و نفى الغرر إنما هو فى العقود المبنيه على المغابنه، لا فى مثل الرهن المبنى على غبن الراهن للمرتهن، كالواهب بالنسبه إلى المتهب.

قال فى التذكره فى باب بيع الغائب: «الأقرب جواز هبه الغائب غير المرئى و لا الموصوف و رهنه، لأنهما ليسا من عقود المغابنات بل الراهن و الواهب مغبونان و المرتهن و المتهب مرتفقان، و لا خيار لهما عند الرؤيه، كما إذا أرهنه المال الغائب،

أو وهبه له، لانتفاء الحاجه اليه، و معلوم أنه لا خيار لهما باعتبار هذين العقدين، أما لو شـرط فى كل من الهبه و الرهن موصوفين فى عقد البيع مثلا فظهر بخلاف الوصف ثبت الخيار بالعارض» و هو جيد جدا.

نعم قد يتجه البطلان فى غير المعين كأحد العبدين أو العبيد، كما جزم به فى المختلف، و فى حواشـى الشـهيد، و جامع المقاصد «المراد بالمجهول الذى لا يصح رهنه المجهول من جميع الوجوه، أو من بعضـها بحيث يمنع من توجه القصد إليه، و ما فى الحق كالشاه من القطيع لا يتوجه القصد إليها، و أما المجهول لا كذلك، كهذه الصبره، إذا لم يعلم قدرها فلا بأس به».

قلت: يمكن منع عـدم توجه القصـد إلى مـا فى الحق، بعـد القطع بكونه ممـا يرهن، و إن لم يعلم جنسه و لا نوعه، و من هنا كان ظاهر المختلف جوازه. نعم هو كذلك فى الشاه من القطيع بعد إراده الإيهام الذى تنتفى معه الشـرائط الأربعه، بل لا يصح رهنها مع إراده الإطلاق، لا لأن المطلق لا يمكن قبضه إلا بقبض الفرد الذى هو غير مرهون، إذ هو مع أنه غير تام- بناء على عدم اعتبار القبض إلا إذا قلنا باعتبار كونه مما يقبض عليه أيضا- واضـح المنع، ضـروره صـدق قبض الكلى يقبض فرده، بل لعدم جواز بيعه لو بقى على إطلاقه، لعـدم اشتراط القبض، أو لأنه قبض الجميع مقـدمه لقبض الواحـد، و احتمال اسـتحقاق المرتهن على الراهن تعينه عنـد اراده البيع فيصـح حينئـذ لـذلك، يمكن منعه للأصل و غيره، و إن كان ذلك كله لا يخلو من نظر بل منع، و لو فرض أنه أرهنه شاه، ثم عينها له و قبضـها المرتهن لم يبعـد الصـحه، و كذا لو أرهنه صاعا من صبره، و إن لم يقبضه بعينه، و فى تنزيله على الإشاعه و عدمها الوجهان، و لعل الأقوى الأول، فتأمل جيدا.

فظهر من ذلك كله أن ما لا يجوز رهنه من المجهول، لا ينفك عن فقـد أحد الشـرائط الأربعه، و غيره لم يثبت عدم جواز رهنه، بـل إطلاـق الأـدله يقضـى بخلاـفه، و عـدم معرفه مقـابلته للحق فى بعض أحوال الجهـل غير قـادح، إذ لاـ يعتبر فى الرهن إمكان استيفاء تمام الحق منه، بل يكفى فيه الوثوق باستيفاء بعضه، و الله أعلم.

## [الفصل الثالث فی الحق]

الفصل الثالث فی: الحق الذی یجوز أخذ الرهن علیه و هو کل دین ثابت فی الذمه قبل الرهانه أو مقارنا لها فی وجه تسمعه إنشاء الله یمکن استیفاؤه من الرهن کالقرض، و ثمن المبیع و الأجره و حینئذ ف لا یصح الرهن فیما لم یحصل سبب وجوبه أی لیس بثابت حال الرهن ک ما فی القواعد نحو الرهن علی ما یستدینه منه أو علی ثمن ما یشتریه فلو دفعه إلی المرتهن ثم اقترض لم یصر بذلک رهنا بلا خلاف أجده بیننا، بل فی التذکره، و جامع المقاصد، الإجماع علیه، بل و لا إشکال، ضروره ظهور أدله المقام فی کون الرهن وثیقه علی مال المرتهن، و لا یتصور الاستیثاق قبل حصول مال له عنده، فلا یشمله عموم الوفاء بالعقود، بعد فرض عدم صدق الرهن علیه، کما هو واضح.

و ما عن أبی حنیفه، و بعض وجوه الشافعیه- من الجواز، و أنه یصیر رهنا بالقرض- فی غایه الضعف، کدلیله الذی مقتضاه حینئذ تأخر أثر الإنشاء عن سببه الذی هو العقد، و هو معلوم الفساد عندنا، بل لا یصح الرهن علی الأعیان التی لیست بمضمونه علی من فی یده، کالودیعه و العاریه غیر المضمونه و نحوها بلا خلاف أجده، بل الإجماع بقسمیه علیه، بل لعل المحکی منهما مستفیض، و به یخرج عن عموم الوفاء بالعقود، لو کان مشمولا لها باعتبار صدق الرهن علیه عرفا.

أما المضمونه کالمغصوبه و العاریه المضمونه و المقبوض بالسوم و نحوها، ففی الریاض أن الأکثر علی عدم صحه الرهن بها، و لعله للأصل بعد عدم دلیل للصحه، لعدم الإجماع بعد استقرار فتوی الأکثر علی الخلاف، و اختصاص الآیه و جمله من النصوص بالدین، و عدم انصراف إطلاق باقیها بحکم التبادر إلی محل الفرض

و المراد بالعقود المأمور بالوفاء بها المتداوله فی زمن الشرع، و فی کون محل الفرض منها نوع شک و غموض. و ان علم تداول جنس الرهن، و تسمیته رهنا حقیقه فی اللغه و العرف غیر معلوم، فلم یبق إلا الأصل المقتضی للفساد.

مضافا إلی اقتضاء صحه الرهن بها صحته فی غیر المضمونه، ضروره عدم الفرق بینهما، إذ المراد من ضمانها، الالتزام بالمثل أو القیمه عند التلف الذی هو غیر معلوم الحصول، فضمانها حینئذ متعلق علی شرط، کتعلیق ضمان غیرها علی التلف بالتفریط الذی لم یعلم حصوله، فهما بالنسبه إلی ذلک سواء، بل کل منهما مضمون عند العقد فی الجمله، و إن کان فی الأولی بمجرد التلف، و فی الثانیه به مع التفریط، و هو غیر مجد.

لکن قد یناقش فی ذلک کله، بانقطاع الأصل بإطلاق أدله الرهن الذی لا ینافیه اختصاص مورد بعضها بالدین، لصدق اسم الرهن الذی هو للأعم من الصحیح و الفاسد علیه فی عرف المتشرعه، فضلا عن اللغه الذی هو بمعنی الحبس، فیشمله حینئذ إطلاق الأدله، و یحکم بصحته مع عدم العلم بالفساد.

کما أنه یحکم باندراجه فی عموم الوفاء بالعقود، و إن سلم إراده المتداول منها فی ذلک الزمن، إلا أنه یکفی فی إثباته معلومیه تداول الجنس مع معلومیه صدق ذلک الجنس علی فرده الذی لم یعلم فساده، و خروج الرهن علی غیر المضمون بالإجماع غیر قادح، علی أنه قد یفرق بینهما بتعلق العهده فیها بأحد الأمرین عینها أو بدلها بخلاف تلک، فإنه لا عهده فیها لإمکان تلفها بغیر تفریط، فلا حق للمرتهن فی بعض أحوالها.

و أما إشکال أصل الرهن علیها- بأن المقصود من الرهن استیفاء الحق المرهون علیه منه، و لا یعقل استیفاء الأعیان الموجوده من الرهن- فواضح الدفع، بأنه یکفی فیه التوثق به، لأخذ العوض عند الحیلوله، أو التلف الذی هو محل الحاجه، و لذا جاز أخذ مال الغاصب المساوی لما غصبه أو المخالف مع الامتناع عن رد العین و تعذر جبره.

على أن إراده استيفـاء نفس الحق من المرهـون لاـ يتم فى الـدين المجمع على جواز الرهن عليه، ضـروره عـدم كون الثمن عين الـدين الكلى الذى اشـتغل به الذمه إذ لا ريب فى مغايرته لجزئياته، و لو فى الجمله، سـيما على القول بأن وجوده فى الخارج فى ضمن الفرد، لا عينه، على أن ذلك كله فى الرهن على الـدين، لا مطلق الرهن المفروض شـموله للرهن على العين الـذى معناه ما ذكرناه.

و على كـل حـال فالإشـكال من هـذه الجهه واضـح الفساد، كل ذلك مضافا إلى المعتبره المسـتفيضه المتضـمنه لنفى البأس عن الاستيثاق للمال، ك

صحيح محمد بن مسلم (١)عن أحدهما عليهما السـلام «سألته عن السـلم فى الحيوان و الطعام و يؤخذ الرهن؟ فقال: نعم استوثق من مالك ما استطعت»

و نحوه غيره الشامله بإطلاقها لمحل الفرض، ضروره صدق الماليه عليه فلا بأس بالاستيثاق له.

و المناقشه- بأن الاستيثاق بهذا الرهن أول الكلام، فإنه لا استيثاق إلا بعد صـحته و عدم جواز رجوع الراهن فيه- واضـحه الفساد، ضروره إراده نفس الرهن من الاستيثـاق فيهـا، فـالمراد أنه لاـ بـأس بأخـذ الرهن لمالـك، و هو شامل للـدين و العين، فيـدل على الصحه، و يجرى عليه جميع أحكام الرهن.

فمن الغريب وقوعهـا من بعض الأسـاطين كالمنـاقشه بكون الخارج عن ذلك من الرهون الفاسـده أضـعاف الـداخل، فيخرج عن الحجيه، ضروره فسادها بمنع كونه مما يخرج به عن الحجيه بعد ملاحظه الأصناف، خصوصا إذا كان

المعيار الوصول إلى حد الاستهجان، فلا ريب حينئذ بعد ذلك كله فى أن الأقوى صحه الرهن عليها، وفاقا للفاضل، و الشهيدين، و المحقق الثانى، و غيرهم، بل قد يقال:

بصـحته للمضـمون بحكم العقد كالثمن و المبيع و نحوها، بل ظاهر الدروس و غيرها تلازم الحكم بالصـحه فيه، للحكم بالصـحه فى الأعيان المضـمونه، قال: «و يجوز على عهده الثمن لو خرج مسـتحقا، و كذا المبيع و الأجره و عوض الصـلح إن جوزنا الرهن على الأعيان و الضرر بحبس الرهن دائما مستند إلى الراهن، و لعلهما إذا أمنا الاستحقاق يتفاسخان». و فى جامع المقاصد بعد أن فرغ من البحث فى ضمان

---

١- ١ الوسائل الباب ١ من أبواب الرهن الحديث ۵.

الأعيان، قال: «و مثله أخذ الرهن على الثمن للمشترى، أو المبيع للبائع على تقدير ظهور فساد المبيع، و قد صرح باستوائهما بالحكم المصنف فى السرائر، و شيخنا فى الدروس، و إن كان المصنف فى التذكره- مع قوله بصحه الرهن على الأعيان المضمونه- منع من الرهن بعهده البيع، و ليس بواضح، و ما علل به منعه الارتفاق مردود، لورود مثله فى الرهن على ثمن المبيع مؤجلا، و الظاهر أن أخذ الرهن على الصحه حذرا من نقصانها كالرهن على المبيع».

قلت: الموجود فيما حضرنى من التذكره فى المقام «و أما الأعيان المضمونه فى يد الغير إما بحكم العقد كالمبيع، أو بحكم ضمان اليد كالمغصوب، و المستعار المضمون و المأخوذ على جهه السوم، و كل أمانه فرط فيها و بقيت بعينها، فالأقوى جواز الرهن عليها» و ظاهره أنها مسأله واحده، اللهم إلا أن يريد بالمضمون بحكم العقد غير درك المبيع.

نعم كلامه فى باب الضمان منها كالصريح فى جواز الرهن على الدرك، محتجا عليه ب

خبر داود بن سرحان (۱)عن الصادق عليه السلام «سألته عن الكفيل و الرهن فى بيع النسيئه؟ قال: لا بأس»

و إن كان فى استدلاله ما فيه.

لكن فى باب الرهن أيضا فى مسأله عدم جواز أخذ الرهن على ما لا يستوفى منه قال: «كلما جاز أخذ الرهن به جاز أخذ الضمين به، و ما لم يجز أخذ الرهن به لم يجز أخذ الضمين به، إلا ثلاثه أشياء عهده البيع يصح ضمانها، و لا يصح الرهن بها، و الكتابه لا يصح الرهن بها على إشكال سبق، و الأقرب صحه الضمان فيها، و ما لا يجب لا يصح أخذ الرهن به، و يصح ضمانه، لأن الرهن بهذه الأشياء يبطل الإرفاق، فإنه إذا باع عبده بألف و دفع رهنا يساوى ألفا، فكأنه ما قبض الثمن و لا ارتفق به، و المكاتب إذا دفع ما يساوى كتابته، فما ارتفق بالأجل، لأنه كان يمكنه بيع الرهن و إمضاء الكتابه، و يستريح من تعطيل منافع عبده، بخلاف الضمان، و لأن ضرر الرهن يعم، لأنه يدوم بقاؤه عند المشترى فيمنع البائع التصرف فيه، بخلاف

---

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۱- من أبواب الرهن الحديث- ۳.

الضمان» فظهر من ذلک کله أن کلامه فیه مختلف.

و کیف کان فقد یقال بالفرق بینهما باعتبار عدم علم الاستحقاق فی عهده الثمن و المبیع، و احتماله غیر کاف فی صحه الرهن، و ان کان لو تحقق لظهر انکشافه من أول الأمر، بخلاف الأعیان المضمونه، فإن الاستحقاق لردها عینا أو بدلا معلوم الثبوت، بل لا یخفی علی السارد، للنصوص الوارده فی الرهن أنه لا تناول فی شی ء منها لذلک، حتی النصوص التی ذکرناها آنفا، ضروره عدم مآل له ظاهرا عند غیره حتی یستوثق له، و منه ینقدح الشک فی صدق الرهن علیه، بحیث یندرج فی عموم الوفاء بالعقود و الإطلاق العامی المبنی علی ضرب من المسامحه لا عبره به و لا وثوق، فالقول بالمنع فیه و إن قلنا بالجواز هناک لا یخلو من قوه، خصوصا مع ملاحظه عدم أمد له ینتظر غالبا، و الرهن علی غیر المعلوم من الدین حال الرهن ثم علم إن جوزناه لعدم شرطیه العلم به، کما فی سائر ما یعتبر فی المعامله لا- یقضی باجزاء حکم الرهانه علیه حال عدم العلم، کما هو المفروض فی محل البحث، و بذلک یفرق بینه و بین الضمان الذی لیس فیه سوی شغل الذمه الذی یعلم بعد حصول الدرک کما أومی إلیه فیما سمعته من التذکره.

نعم لا مانع من التزام صحته لو بان بعد ذلک کون العین فی العهده لفساد البیع علی نحو صحته فی الدین المحتمل، و کیف کان فقد عرفت أنه لا بد من الثبوت حال الرهن، لعدم تصوره حقیقه بدونه، بل لا بد من سبق ثبوته علی تمام الرهن، لأن الشرط للسبب شرط لاجزائه کما فی سائر شروط العقود، فلو شرک بین السبب و الرهن فی عقد کما لو قال المشتری: صالحتک عن هذا العبد بألف و رهنت الدار بها، فقال:

قبلت أو قال: قبلت الصلح ثم قال: قبلت الرهانه لم یصح، وفاقا لصریح الکرکی و ظاهر غیره، بل فی الریاض حکایته عن الأکثر، فضلا عن رهن العبد نفسه، لوقوع إیجاب الرهن علی التقدیرین الذی معناه التوثیق قبل ثبوت الحق، بل قیل: إنه غیر معقول، و حصوله بعد ذلک لو کان مجزیا فی صحته التی هی بحسب حاله، لا جزء لو تأخر عن الإیجاب و القبول، خصوصا إذا کان قبل القبض بناء علی أنه من تمام

السبب فتأمل.

و دعوی- کون المعتبر فی عقد الرهن أن لا- یسبق بتمامه الحق، لا- بعضه- لا- شاهد لها، بل الشواهد بخلافها، ضروره ظهور الآیه(۱)و النصوص،(۲)بتعقب الرهن بتمامه للحق، حتی یصدق أنه استوثق علی ماله، و لیس الاستیثاق الذی هو بمعنی الرهن الجزء الأخیر من القبول، حتی یکون قد تأخر عن ثبوت الحق، أو قارنه، بل هو عباره عن تمام عقد الرهن، کما أنه لیس فی عقد الرهن ما یقضی بالفرق بینه و بین غیره من العقود، المعلوم تأخر تمام

عقودها عما یعتبر فی صحتها، فلو أوجب البیع مثلا علی ما لا یصح بیعه، ثم انتقل إلی الصحه قبل تمام القبول أو قبل الشروع فیه لم یصح قطعا.

بل حکی عمن جوز ما نحن فیه من العامه الاعتراف ببطلان قول المولی لعبده کاتبتک علی ألف، و بعتک هذا الثوب بکذا، فقال العبد: قبلتهما، أو قال: قبلت الکتابه و البیع، و الفرق بین المقامین صعب، و أطرف شی ء اشتراط الشافعیه فی الجواز تقدم إیجاب البیع علی إیجاب الرهن، إذ تقدمه بعد عدم تأثیره الحق فی الذمه غیر مجد، فلا فرق بین تقدم إیجاب البیع عن إیجاب الرهن و تأخره، کما هو واضح.

و بالجمله جواز ذلک غیر متجه علی أصولنا، فما یحکی عن مالک، و الشافعی و أحمد، و أصحاب الرأی من الجواز فی غایه الضعف، و من الغریب تردد بعض الأساطین من أصحابنا فیه، ففی القواعد «لو شرک بین الرهن و سبب الدین فی عقد ففی الجواز إشکال، ینشأ من جواز اشتراطه فی العقد، فتشریکه فی متنه آکد، أی فی الالتزام، لاحتمال عدم الوفاء بالشرط، و من توقف الرهن علی تمامیه الملک، لکن یقدم السبب فیقول: بعتک هذا العبد بألف و ارتهنت الدار بها، فیقول: اشتریت و رهنت، و لو قدم الارتهان لم یصح» و فی الدروس «و هل یجوز مقارنه الرهن للدین؟ فیه وجهان، فیقول: بعتک الدار بمأه و ارتهنت العبد، فیقول قبلتهما أو

---

۱- ۱ سوره البقره الآیه ۲۸۳.

۲- ۲ الوسائل- الباب- ۱- من أبواب الرهن.

اشتریت و رهنت، و لو قدم الرهن لم یجز».

بل فی التذکره «لو امتزج الرهن بسبب ثبوت الدین مثل أن یقول بعتک هذا العبد بألف و ارتهنت هذا الثوب به، فقال المشتری: اشتریت و رهنت، أو قال:

أقرضتک هذه الدراهم و ارتهنت بها دارک، فالأقرب الجواز، لأن الحاجه تدعو إلیه، فإنه لو لم ینعقد لم یتمکن من إلزام المشتری بعقده، و لأن شرط الرهن فی البیع و القرض جائز لحاجه الوثیقه، فکذا مزجه بهما، بل هو أولی، لأن الوثیقه هنا- آکد، فإن الشرط قد لا یفی به».

لکن الجمیع کما تری بعد الإغضاء عما فی الأمثله من تقدیم قبول الرهن علی إیجابه، إذ الحاجه مع عدم رجوعها إلی الحرج لا تکون دلیلا مثبتا لحکم شرعی و اشتراط الرهن لا یشترط فیه شرائط عقد الرهن من ثبوت الحق و نحوه، فجوازه لا یستلزم جواز ذلک، بل الظاهر کما قدمنا فی بحث الشرائط من البیع صحه اشتراط رهن المبیع نفسه علی معنی رهنه بعقد جدید بعد انتقاله.

بل لو جوزنا اشتراط نتیجه العقد بدونه، و قلنا: إن الشرط یقوم مقامه کقیام الصلح مقام بعض العقود، و ان لم یلحقه حکم ذلک العقد، اتجهت الصحه حینئذ، لعموم أدله الشرط السالم عن معارضه ما دل علی اشتراط ذلک مثلا فی الرهن، لأن المفروض عدم کونه من الرهن، و إن حصلت نتیجته بالشرط، بل لو قلنا بصحه اشتراط النتیجه علی وجه یلحقه أحکام الرهن، علی معنی أن للرهن سببین العقد و الشرط، أمکن جواز اشتراط کونه رهنا علی دین سابق، فضلا عن اشتراط رهن غیره مما هو مملوک للراهن سابقا، فینتقل حینئذ مقارنا لتعلق حق الرهانه به أو مقدما علیه، کما هو مقتضی الاشتراط الذی یراد منه الرهن بعد ثبوت الحق کما قیل.

و علی کل حال لا یستلزم الصحه فی محل البحث، بل لو قلنا بصحه اشتراط رهنه علی الثمن فی العقد علی المعنی المزبور، لم یستلزم الصحه أیضا، لإمکان دعوی اشتراط سبق الحق علی عقد الرهن، لا علی اشتراطه المقتضی للاقتران، أو سبق الحق علیه باعتبار بساطته، بخلاف عقد الرهن الذی هو مرکب من الإیجاب و القبول، و لا یتصور

مقارنتهما لثبوت الحق، بل أقصاها المقارنه للسبب بالطريق المذكور فى كلامهم، و هو مقتض لوقوع الإيجاب قبل حصول الحق الذى هو شرط فيه، لكونه شرطا للعقد بتمامه فتأمل جيدا فإنه دقيق و الله العالم.

و كيف كان فليس المراد من الثابت فى المتن و غيره اللازم لصحه الرهن على الثمن فى مده الخيار، بناء على حصول الشغل بالعقد و الرهن على غيره مما هو متزلزل بلا خلاف أجده فيه، لإطلاق الأدله. نعم فى التذكره «لا شك فى أنه لا يباع الرهن فى الثمن ما لم يمض مده الخيار» مع أنه لا يخلو من نظر، بل منع فيما إذا حل الدين قبل أجل الخيار.

بل المراد من الثابت، الحاصل فى الذمه و إن لم يكن لازما، فلا يصح على ما لم يحصل سبب وجوبه بل و لا على ما حصل سبب وجوبه فى الجمله و لكن لم يثبت به فى الذمه كالديه قبل استقرار الجنايه فى الخطأ المحض، و شبه العمد، و قبل انتهاء حالها و ان علم أنها تأتى على النفس الذى هو سبب ثبوت الديه، على المشهور نقلا و تحصيلا، بل مقتضى الإطلاق عدم الفرق فى الجنايه على ما فيه الديه و غيره، و لعله لان الشارع لم يرتب عليها حكما قبل انتهاء حالها، فهو حينئذ تمام السبب فلا ثبوت قبله، و القطع بأنه يحصل أحد السببين لا يجدى فى جواز أخذ الرهن، لعدم ثبوت الحق حينئذ قبل حصول سببه.

لكن فى المسالك «ربما قيل: بجواز الرهن على الجنايه التى قد استقر موجبها و إن لم تستقر هى، كقطع ما يوجب الديه، فإن غايته الموت و لا يوجب أكثر منها، بخلاف ما دون ذلك، و ليس ببعيد» و تبعه غيره.

و فيه أنه على احتمال سريان الجنايه لم يكن لذلك القطع تأثير، و لا سببيه، بل المؤثر حينئذ الموت، و لا معنى للرهن قبل ثبوت الحق. نعم لو كان المؤثر للديه القطع المزبور و الموت لا- أثر له، اتجه حينئذ الرهن لثبوت الحق، لكن ظاهر النص و الفتوى خلافه، فإطلاق المتن و غيره حينئذ متجه، و قد عرفت أن القطع بحصول أحد السببين غير الحصول فعلا، و كان ذلك هو الذى أوهم القائل، مع أنه لو تم

لجاز الرهن على المتيقن ثبوته من الديه فى الجنايه على ما لا يوجبها، كقطع اليد مثلا، فإن النصف متيقن فى ضمن تمام الديه أو مستقلا، و لا يلتزم به القائل المزبور و الفرق بينهما لا يخلو من تكلف، ثم من المعلوم أن الديه فى الخطأ على العاقله، و أنها مقسطه على ثلاث سنين.

و لكن لا يجوز الرهن على قسط كل حول إلا بعد حلوله لعدم تعين المستحق عليه منها قبله، و إن الجامع لشرائط العقل عند تمام الحول هو الذى يعقل، و إن كان فاقدا لها قبله، لا غيره، و إن كان جامعا لها سابقا، و استصحاب الجامعيه إلى مضى الحول غير مجد، بعد أن كان جزء سبب الثبوت مضى الحول، فإذا مضى صح الرهن حينئذ من ذلك المتعين الذى قد ثبت فى ذمته.

أما الديه فى شبيه العمد فيصح الرهن عليها بمجرد حصول سبب ثبوتها، لأنها على الجانى و إن كانت مؤجله إلى سنتين، لكن كأجل الدين، فلا يمنع من الرهن بها بعد أن كانت متعلقه بذمته، و إن مات فى تركته.

اللهم إلا أن يقال إن الأجل فيها كالأجل فى ديه الخطأ، بمعنى أن مضيه جزء سبب الاستحقاق، فيتجه حينئذ عدم الرهن بها أيضا، و ستسمع إن شاء الله فى كتاب الديات ما يؤكد ذلك، و إن كان فى بعض العبارات هناك ما يوهم اشتغال الذمه بها قبل الحول، و لكن غير مستقر لاحتمال الموت و الإعسار عند الحول، إلا أنه محمول على ضرب من التوسع، ضروره اقتضاء التدبر فى كلامهم هنا و هناك كون المراد بالخطاب بها الحكم التكليفى، لا الدينى الذى لا يسقط بالموت، و لا بالإعسار، فلاحظ و تأمل.

و قال فى الدروس: «و لا يصح الرهن على الديه قبل استقرار الجنايه، و إن حصل الجرح، و يجوز بعد الاستقرار فى النفس و الطرف، فإن كانت مؤجله فبعد الحلول على الجانى، أو على العاقله فى شبيه العمد و الخطأ، و يجوز على الدين المؤجل و الفرق تعيين المستحق عليه فيه، بخلاف العاقله، فإنه لا يعلم المضروب عليه عند الحلول، و يحتمل قويا جوازه فى الشبيه على الجانى لتعيينه، و لو علل بأن الاستحقاق

لم يستقر إلا بعد الحلول فى الجنايه، شمل الجانى و العاقله، إلا أنه ينتقض بالرهن على الثمن فى الخيار، فالظاهر جواز أخذ الرهن من الجانى كالدين المؤجل» و لعل بناء المسأله على ما ذكرنا أولى بعد الإغضاء عما فى بعض كلامه، و نسأل الله التوفيق لتحقيق ذلك فى محله فتأمل.

و كذا لا يصح الرهن على مال الجعاله قبل الرد لعدم استحقاق المجعول له قبل العمل، بلا خلاف أجده فيه، بل و قبل تمام العمل و إن شرع فيه، خلافا للفاضل فى التذكره، فجوزه بعد الشروع قبل التمام، لانتهاء الأمر فيه إلى اللزوم، كالثمن فى مده الخيار، و أشكله فى المسالك بعدم استحقاق شى ء و إن عمل الأكثر، قال: «و الفرق بينها و بين الخيار واضح، لأن البيع متى أبقى على حاله انقضت مده الخيار، و ثبت له اللزوم، و الأصل فيه عدم الفسخ، عكس الجعاله فإن العمل فيها لو ترك على حاله لم يستحق بسببه شى ء، و الأصل عدم الإكمال».

قلت: مدار الحكم على الاستحقاق بالشروع و عدمه، و ظاهرهم فى الجعاله الثانى و لعلها غير الأجره على العمل التى يملكها بالعقد، كما هو مقتضى المعاوضه، و إن كان لا يستحق تسليمها إلا بالعمل، بخلاف الجعاله التى مورد العقد فيها أنها عوض العمل، لا ملكه على المجعول له، و لذا كانت جائزه بالنسبه إليه، و تحقيق الحال فى محله إنشاء الله.

و كيف كان فلا إشكال فى أنه يجوز الرهن على مال الجعاله بعده أى العمل، بل و لا خلاف، بل فى التذكره الإجماع، لحصول الاستحقاق به كما هو واضح، و يجوز على مال الكتابه المطلقه بلا خلاف على ما فى المسالك، بل و لا إشكال، لثبوت الحق بها و لزومها من الطرفين، بل و المشروطه على الأقوى، وفاقا للمشهور عند المتأخرين، لأنها لازمه للمكاتب مطلقا عندنا كما فى المختلف، بل لو قلنا: بالجواز بالنسبه إليه خاصه، أو إلى المولى معه اتجه الصحه أيضا، لعدم منافاته لاستحقاق المولى كالثمن فى مده الخيار كما أنه لا ينافيها تسلط المولى على رده فى الرق، إذ قد لا يريده.

و من ذلـك يظهر لـك ضـعف القـول بعـدم الجـواز، كمـا عن الشـيخ، و القاضـى، و الحلى، و سـبطه يحيى بن سـعيد، للأـمرين المزبورين اللـذين قـد عرفت عـدم اقتضائهما ذلك، بعـد تسـليم الأول منهما، بل و ظهر لك ان تأديه المطلوب الـذى قـد عرفت الحال فيه بقول المصنف و كذا مال الكتابه، و لو قيل بالجواز فيه كان أشبه غير جيد إذا الخلاف كما عرفت مختص بالمشروطه، بل الخلاف فيها ضـعيف جـدا، لضـعف دليله و الأمر سـهل ف يبطل الرهن عند فسخ الكتابه المشـروطه ممن له فسـخها، لذهاب الاستحقاق به كالفسخ بالخيار كما هو واضح.

و كيف كان فقـد عرفت فيما مضـى أنه يعتبر فى الحق كونه عهـده، أو دينا فى الـذمه يمكن استيفاؤه من الرهن الـذى هو بمعنى الوثيقه لصاحب الحق مع التعذر أولا معه، و إلا لم يكن وثيقه ف لا يصح على ما لم يمكن استيفاؤه من الرهن كالإجاره المتعلقه بعين المؤجر مثـل خـدمته فإنه مع تعـذرها بموت و نحوه، بل بعصـيان منه تنفسـخ الإجاره فليس للمرتهن استيفاؤها من الرهن، و ثبـوت أجره المثـل عليه فى بعض الأـحوال الأـجر الخـاص، كمـا لـو انتفع بنفسه فى مـده الإجـاره، أو أجر نفسه لغيره، و لم يجز المسـتأجر الأـول، و اختـار الرجوع على الأجير، لأنه هو المتلف لا تسوغ أخـذ الرهن، لعـدم معلوميه تحققها، فالرهن عليها حينئذ رهن على الحق قبـل ثبوته، بـل على احتمـال ثبوته، بـل كـل معين من ثمن أو أجره أو نحوها لا يصـح الرهن عليه، لعـدم إمكان استيفائه من الرهن، و لـذا قال فى التـذكره: «لا يجوز أخذ الرهن بعوض غير ثابت فى الذمه، كالثمن المعين، و الأجره المعينه فى الإجاره، و المعقود عليه فى الإجاره إذا كان منافع معينه مثل إجاره الـدار، و العبد المعين، و الحمل المعين مده معلومه، أو لحمل شى ء معيـن إلى مكـان معلـوم، لأـنه حـق يتعلـق بـالعين، لاـ بالـذمه، و لاـ يمكن استيفـاؤه من الرهن، لأـن منفعه العين لاـ يمكن استيفاؤها من غيرها، و تبطل الإجاره بتلف العين».

لكن قـد يشـكل ذلـك كله بإطلاق أدله الرهن و الاستيثاق للمال التى يكفى فيها الاستيفاء من الرهن فى بعض الأحوال، كما إذا استوفى المنفعه المؤجر مثلا، أو

منعها فى مثل الدابه على الأقوى، فإن قيمتها حينئذ تثبت فى ذمته، فيستوفى من الرهن نحو ما سمعته فى الأعيان المضمونه، و احتمال الانفساخ- بموت و نحوه مع أن الأصل عدمه- غير مناف، كما لا ينافى احتمال الفسخ فى الخيار.

بل لعل الضمان فى المقام أولى مما ذكره الشهيد فى الدروس، من أنه لو ارتهن المستأجر على مال الإجاره خوفا من عدم العمل بموت أو شبهه فهو كالرهن على الأعيان المضمونه، و هو صريح فى الجواز هنا بناء على الجواز هناك، مع أن المال هنا قد انتقل بالعقد إلى غيره، فليست الأجره حينئذ له، حتى يستوثق لها، بخلاف المنفعه و الأجره المعينه و المبيع المعين و نحوها مما هى مملوكه له فى الظاهر، فله أن يستوثق على تسليمها إليه، و على احتمال ضمان من فى يده لها، و قد سمعت ما فى التذكره فى الأعيان المضمونه، و أن منها المضمون بحكم العقد، مع قوله بعدم صحه الرهن على الدرك، فيمكن أن يريد بالمضمون بحكم العقد ما نحن فيه فتأمل جيدا.

إلا أنى لم أجد خلافا بينهم فى عدم جواز الرهن على ذلک، فالجرأه على الجزم به لا تخلو من مخالفه الجزم، فالأولى التوقف فى المسأله أو الحكم بالعدم، و لعله لما أشرنا إليه سابقا من عدم تحقق العهده، كى يتجه الرهن، و احتمالها غير كاف فى الحكم بالرهن ظاهرا كالدين المحتمل فلاحظ و تأمل، و الله العالم.

و على كل فلا إشكال كما لا خلاف فى أنه يصح الرهن فيما هو ثابت فى الذمه كالعمل المطلق فى الذمه الذى لا يبطل بالموت، لعدم اشتراط المباشره فيه، فمع التعذر و شبهه يباع الرهن حينئذ و يستوفى منه العمل كما هو واضح و لو رهن على مال رهنا ثم استدان آخر ممن له الدين الأول مساويا له فى الجنس و القدر أو مخالفا و جعل ذلک الرهن عليهما معا مصرحا بذلک أو اتفقا معا على ارادته جاز بلا خلاف أجده فيه بيننا، بل الإجماع بقسميه عليه، و مشغوليته بالدين الأول غير قادحه بعد أن لم تكن منافيه للثانيه، فهو كما لو رهنه عليهما من أول الأمر.

و من هنا يعلم أنه لا حاجه إلى إبطال الرهانه الاولى، ثم التجديد لهما كما صرح

به غير واحـد، بـل يعلم أنه لاـ يحكم ببطلان الأولى لو أطلق رهانته على الـدين الثانى من غير تعرض للاول، لما عرفت من عـدم التنـافى فالأصـل بقاؤهـا حينئـذ، و دعوى ظهور الإطلاـق فى ذلـك ممنوعه، فـتردد الشـهيد حينئـذ فى بطلاـن الاـولى فى صوره الإطلاق فى غير محله.

نعم قد احتمله فى القواعد فيما إذا كان الدين المتجدد لأجنبى، و قد أجاز المرتهن الأول رهانته عنده، و البطلان فى خصوص ما قابل دين الثانى لو فرض زيادته عليهما، و العدم مطلقا من غير ترجيح لأحد الثلاثه كالتحرير، و الدروس، و غيرها.

مع أن الأـقوى الأخير منها فيه، وفاقا للتـذكره، و جامع المقاصـد، أيضا، لعـدم التنافى حتى لو كان الرهن لا يفى إلا بـدين الثانى، لإطلاـق الأـدله و وجوب الوفـاء بالعقـد، و لاـ يمتنع كون الشـى ء رهنـا بمجموع لاـ يفى ثمنه بـأدائه، لأـن الأداء ثمره الرهن بعد تحققه، لا نفسه، و إنما يثبت الأداء بحسب حال الثمن باعتبار كثرته و قلته.

و تقـديم دين شـخص فى الأداء على الآخر لا ينافى تعلق كل من الدينين بالرهن لما قلناه من أن ذلك ثمره الرهن و مقصوده، و لا محذور فى أن يكون المقصود فى بعض أولى و أسبق من البعض الآخر، و إن استويا فيما له المقصود و الثمره.

و لأـنه لو تضـمن عقـد واحـد رهنا بـدينين و تقـديم أحـدهما على الآخر فى الأداء ثم تأديه الآخر بعـد أداء الأول لم يكن ذلك باطلا، ففى العقدين المسـتقلين أولى، لوقوع الثانى بعد القطع بصـحه الأول، فلا بد فى طرو البطلان عليه من دليل أقوى من دليل الصحه.

و دعوى أن مقتضـى الرهن الاختصاص بمجموعه بالنسـبه إلى الدين المرهون به، ليقضى ذلك الدين من ثمنه، و اختصاص كل من الـدينين بمجموع الرهن متناف لأن اختصاص أحـدهما بالمجموع على هـذا الحكم ينافى اختصاص الأخر، و قـد ثبت الرهن الثـانى بالسـبب الطارى و إجازه المرتهن الأول فيبطل الأول- يـدفعها منع المنافاه كما عرفته مفصـلا و اجازه المرتهن انما توجب تقديمه عليه بناء على اقتضاء العقد ذلك لا بطلان الأول.

و أوضـح منها منعا دعوى كونها موجبه لفسخ رهنه فيما قابل الدين الثانى، لأن المنافاه باعتبار مقصود الراهن مختصه به، بخلاف ما زاد، إذ الرهن متعلق بالمجموع، فان اقتضـى الاختصاص اقتضاه فى المجموع، و إلا لم يقتض فى شـى ء منه، و لأن الثمن على تقدير اعتبار المقابله و الزياده بالنسـبه إليه لا تنضـبط، فقد يكون فى وقت الرهانه كثيرا يبقى منه بقيه بعد الدين الثانى، ثم يتجدد النقصان، و بالعكس، و يستحيل تجدد ثبوت الحق بعد كون العقد حال وقوعه غير مقتض له.

و على كـل حال فيترتب على كل من الاحتمالات الثلاثه حكم إسـقاط المرتهن الثانى حقه من الرهن، فعلى ما اخترناه يبقى رهنا عنـد الأـول، و على الثـانى لاـ حق له، و على الثالث لا حق له فيما قابل الـدين الثانى كما هو واضـح، و لو لم يعلم المرتهن الأول برهن الثـانى حتى مـات الراهن، و فك الرهن لم يبطل الرهن، بناء على عـدم اعتبار القبض، لكونه لازما من طرف الراهن، فليس للورثه و لا للغرماء المنع لسبق التعلق، فإن أجاز الأول قبل الفك ففيه الاحتمالات.

نعم ان كـان قـد بيع الرهن فى دين الأـول فقـد يقوى بطلانه حينئـذ، و إن فضل منه شـى ء، لعـدم تناول الرهانه للثمن فلم يبق له موضوع، أمـا لو بقى من عين الرهن بقيه و قـد قضـى دين الأـول، أو بقى تمام الرهن لقضاء دينه من غيره، فقـد يتجه نفوذ الرهن للثـانى، و يختص به عن الغرماء، و ليس للأول المنع بعـد فرض سـقوط تعلقه من الرهن، و لم يكن قـد رد الرهن فى حال تعلقه، لكون المفروض عـدم علمه حتى فـك الرهن منه، كمـا أنه لاـ أثر لإجـازته، فلم يبق مـانع من النفوذ، لوجود المقتضـى و ارتفـاع المـانع، و احتمـال- عـدم صـحه أصـل الرهانه حال كونه رهنا عنـد الأول- يـدفعه أنه لا إشـكال فى الصـحه مع الإجازه التى هى مقـدمه لإسـقاط مـانعيه حقه، فعلم قـابليه العقـد للتـأثير مع ارتفاع المانع بالإجازه، أو بالفك، فإذا فرض عـدم علم المرتهن الأول حتى فك منه، اتجه نفوذ الثانى.

و من ذلـک كله يظهر لـک مـا فى عبـاره القواعـد قـال بعـد ذكر الاحتمالات فى المسأله السابقه: «و لو لم يعلم الأول حتى مات الراهن، ففى تخصيص الثانى بالفاضل عن

دین الأول من دون الغرماء، إشکال، و لا حکم لإجازه الأول و لا فسخه بعد موت الراهن» بل فیها نظر من وجوه أخر أیضا تظهر بأدنی تأمل و لکن الانصاف عدم خلو المسأله بعد من الإشکال، لإمکان الفرق بین الإجازه و الفک، باقتضاء الأول تعلق الرهانه من أول الأمر، لأنها کاشفه علی الأصح، بخلاف الثانی، و یأتی إنشاء الله تمام الکلام فی ذلک و الله العالم.

و لو زاد فی الرهن للدین الواحد جاز بلا خلاف، حتی من أبی حنیفه، و لا إشکال لإطلاق الأدله من غیر حاجه إلی إبطال الأول، و استیناف عقد جدید، و الظاهر کون الجمیع حینئذ کالرهن الواحد الذی حکمه بقاء الرهنیه ما دام شی ء من الدین باقیا إن کان قد صرح بکونه رهنا علی کل جزء من الدین، أو اتفقا علی ذلک، بخلاف ما إذا صرحا بکونه علی التقسیط، أو بکون مجموعه رهنا علی المجموع، أو اتفقا علی ذلک، فإنه ینفک من الرهن فی الأول بالنسبه، و فی الثانی بأداء شی ء من الحق و لیس للدیان الامتناع من قبض البعض، مخافه انفکاک الرهن بعد الشرط علیه و الإقدام منه علی ذلک، و ان تردد فیه فی الدروس مما سمعت، و من أدائه إلی الضرر بالانفساخ، لکنه فی غیر محله.

کما ان تردده فی حمل الإطلاق علی الأول کذلک أیضا، ضروره غلبه تعلق الأغراض باستیفاء الدین عن آخره من الرهن، مضافا إلی ما عن المبسوط من الإجماع و التقابل بین الأجزاء فی المبیع و نحوه من عقود المعاوضه، لا یقضی بذلک فی الرهن المراد به الاستیثاق لمجموعه علی جمیع اجزاء الدین، فلا ینفک حینئذ بتمامه و لا جزء منه بأداء البعض، إلا مع التصریح، أو ما یقوم مقامه.

و من الغریب ما فی الدروس حیث أنه بعد أن ذکر صحه اشتراط الرهانه علی کل جزء جزء، فیبقی مجموعه رهنا ببقاء شی ء من الدین، و اشتراط رهنه علیه لا علی کل جزء منه، و ینفسخ حینئذ بأداء شی ء من الدین قال: «و إن أطلق ففی حمله علی المعنی الثانی أو الأول نظر، من التقابل بین الاجزاء فی المبیع فکذا فی الرهن، و من النظر إلی غالب الوثائق فإن الأغلب تعلق الأغراض باستیفاء الدین عن آخره

من الرهن و هـذا قوى» و قـال فى المبسوط: «إنه إجماع» و هو كما ترى مع أنه لا ينطبق تعليله الأول على الوجه الثانى، و إنما هو صالح للتوزيع الذى لم يذكره هو، و تسمع فيما يأتى إن شاء الله تمام الكلام فى المسأله.

و على كـل حال فقـد ظهر لک أن الرهن المضاف حكمه حكم المضاف إليه، بعـد ظهور كون المقصود منه رهانته على حسـب الأول و مـا عن أبى حنيفه- من أنه يكـون رهنـا بالنسبه على معنى قسـمه الـدين على قيمه المضـاف إليه الرهن يـوم قبضه، على المضاف يوم قبضه، فلو كانت قيمه الأول ألفا مثلا، و قيمه الثانى خمسمائه، و الدين ألف مثلا قسم أثلاثا ثلثان فى المضاف إليه، و ثلث فى المضاف- لا شاهد له، بل الشواهد على خلافه.

و قد بان لک أن صور الرهن ثلاثه و تسمع إن شاء الله تمام الكلام فيها الأولى:

رهن المجموع على كل جزء من الحق الثانيه: الرهن عليه لا على كل جزء منه الثالثه:

رهن الأـجزاء المشـاعه على الاـجزاء كـذلک، و فى الأخيره ينفک بعضه بأداء بعض، و يبقى الباقى، كما أنه كـذلک لو اسـتدان رجلان كل منهما دينا ثم رهنا مشتركا بينهما، و لو بعقد واحد مطلق، ثم قضـى أحدهما فإن حصـته تكون طلقا، لانصـراف رهن كـل منهما إلى ملكه على دينه إن لم يشترط المرتهن رهنه على كل جزء من الـدين، و إلا اتبع الشـرط الـذى لا يقـدح فيه عـدم ملكيه كل منهما للجميع، بعد فرض رضا كل منهما بذلک، و المال غير خارج عنهما.

و لو تعـدد المرتهن و اتحـد العقـد من الواحـد فكـل منهما مرتهن للنصف مع تساوى الـدين و أما مع اختلافه فربما احتمل ذلک أيضا، لأنه الأصل فى التشـريک، إلا أن الأظهر التقسـيط على مقدار الدين، كما هو الأصل فى اجتماع الأسباب المعتبر سببيه كل منهما، و لأن مقتضـى الرهن قضاء الـدين كله من ثمن المرهون إذا و فى به فالزائد من أحد الدينين إن اسـتحق قضاؤه من الرهن اقتضـى تعلق ذلـک الزائـد بـالرهن فيكون تعلق مجموع الـدين الزائـد من الرهن أكثر من تعلق الأخر، و ان لم يسـتحق قضاؤه منه امتنع كونه رهنا بالمجموع، و قد فرض كونه كذلک، فظهر أن التقسيط

أولى، فإن و فى فلا بحث، و الا قسط عليهما بحسبهما كما هو واضح.

نعم هذا كله فى التعدد ابتداء دون التعدد فى الأثناء، فإنه لا عبره به على الظاهر سواء كان فى الرهن أو المرتهن، كما فى ورثه كل منهما لو تعددوا، فلو مات الراهن عن ولدين لم ينفك نصيب أحدهما بأداء حصته من الدين، كما أنه لو مات المرتهن عن ولدين فأعطى أحدهما نصيبه من الدين، لم ينفك بمقداره من الرهن، و ذلك لأنه قد تعلق الدين بكل جزء منه فى حيوه الموروث، و قد انتقل إلى الورثه على هذا الحال، فلا يتوهم أنه كتعلق حق الغرماء بالتركه التى لا ريب فى انفكاك نصيب أحد الورثه بمقدار ما يخصه من الدين، و إن قلنا ان التعلق كتعلق حق الرهانه، لا كأرش الجنايه، لكن لما لم يكن ذلك سابقا على الموت، و إنما هو بعده كان تعدد الورثه بمنزله تعدد الراهن، فتأمل جيدا و الله اعلم.

## [الفصل الرابع فى الراهن ]

الفصل الرابع فى الراهن و يشترط فيه بالنسبه إلى صحه الرهن له و لغيره كباقى العقود كمال العقل فلا يصح من الصبى و لا المجنون و لو مع الإجازه لسلب العباره و فى لزومه جواز التصرف فلا يلزم من السفيه و المملوك و نحوهما إلا مع إذن الولى، لكن ذلك بالنسبه إلى عقودهم، أما لو عقدوا للغير وكاله أو فضولا فكجائزى التصرف فى اللزوم.

و كذا يعتبر فى لزومه أيضا الاختيار ف لا ينعقد مع الإكراه الذى لم يخرجه عن قصد اللفظ و المعنى، فإنه إذا تعقبه الرضا بعد ذلك لزم على الأقوى أما إذا كان إكراها مخرجا له عن القصد المزبور فلا يصح، و ان تعقبه القصد و الرضا بعد ذلك، كما حرر فى محله.

و يعتبر فيه أيضا إذا كان الرهن لنفسه أن يكون مالكا، أو بحكم المالك، كالمستعير الذى يأتى تمام الكلام فيه عند تعرض المصنف لبعض أحكامه.

و حينئذ ف يجوز لولى الطفل مثلا و إن لم يكن اجباريا رهن

ماله إذا افتقر إلى ذلك للاستدانه و نحوها بلا خلاف أجده فيما بيننا، و إنما حكى عن بعض الشافعيه، و لا ريب فى فساده، لكن مع مراعاه المصلحه التى هى الأحسن الذى «نهى الله (۱)عن القرب إلى ماله بدونه» كأن يستهدم عقاره فيروم رمه و إصلاحه أو يكون له أموال يحتاج إلى الإنفاق لحفظها من التلف، أو الانتقاص، فيرهن بذلك ما يراه من أمواله إذا كان استبقاؤها أعود له أى للطفل من بيعها، إذا لم يمكن البيع أو غير ذلك من المصالح التى لا تنضبط لاختلافه باختلاف الأمكنه و الأزمنه و الأحوال.

فالضابط فيه الميزان المزبور التى تقتضى أيضا غالبا وضع الرهن على يد عدل يجوز إيداعه منه، أو من يطمئن به عليه من التلف و نحوه، بل قد تقتضى صحه رهن ماله فيما إذا اشترى له بمأه نسيئه ما يساوى مائتين، و رهن من ماله ما يساوى ماءه، فإن لم يعرض التلف ففيه الغبطه الظاهره، و إن عرض فلا ضرار، أيضا.

بل قد يقال: بالجواز فيما إذا لم يرض إلا برهن تزيد قيمته عن المأه إذا كان مما لا يخشى تلفه كالعقار و نحوه، بل عن التذكره قوه جوازه إذا كان على يد من يجوز إيداعه، و بالجمله الأمر فى ذلك غير منضبط، و مع فرض تعدد أفراد المصلحه و لا ترجيح تخير، و الطفل فى المتن و غيره من باب المثال، ضروره الجواز أيضا لولى المجنون و السفيه أيضا و المسأله غير مخصوصه بالرهن، بل هو كغيره من التصرفات لهم المحرر جمله من أحكامها فى غير المقام و الله أعلم.

### [الفصل الخامس فى المرتهن ]

الفصل الخامس: فى المرتهن و يشترط فيه: ما يشترط فى الراهن من كمال العقل و جواز التصرف و الاختيار على حسب ما سمعته فى ذلك كله، لكن الظاهر أنه لا بأس بقبول السفيه و المفلس الارتهان الذى ليس بمستحق على المديون بشرط و نحوه، إذا كان الدين من غيره، أو منه قبل الحجر، لأنه ليس تصرفا ماليا، و لا مناف له، بل فيه مصلحه

---

۱- ۱ سوره الانعام الآيه- ۱۵۲.

للمال، و لعل المراد من عباره المصنف و نحوها ما لا يشمل هذا الفرد من الارتهان، و الأمر سهل.

و على كـل حال فلا ريب فى أنه يجوز لولى اليتيم مثلا أخـذ الرهن له على ذلك كما نص عليه غير واحـد بلفظ الجواز، لإطلاق ولا-يته الشـامله لـذلك، و قبول الاتهـاب و الوقف له و نحوهـا، بـل قـد يجب عليه ذلـك فيما لو توقف الأحسن المعتبر فى الآيه الكريمه(۱)فى التصرف فى ماله عليه، كما لو باع ماله نسيئه لغير ذى ملاءه وثاقه، بل الظاهر كفايه الثانى فى لزوم أخذ الرهن قال فى التذكره:

«لو كـان المشترى موسـرا لم يكتف الولى به، بـل لا بـد من الارتهان بالثمن» نعم قال أيضا: لو لم يحصل أو حسن الظن بيساره و أمانته، أمكن البيع نسيئه بغير رهن، كما يجوز إبضاع ماله.

و فيه: أن المتجه عدم البيع مع عدم الحصول، إذ الاكتفاء باليسار مع عدم الوثاقه لا يخلو من إشـكال، بل منع خصوصا فى الفاسق الـذى لم يعرف منه الوفـاء، فضـلا عن المعروف بعـدمه، ضـروره كون إبقـاء المـال أو بيعه لغيره بـدون ثمنه أحسن من ذلك، و يمكن أن يريـد معنى الواو من- أو- أو أن ذلـك من غلـط النسـاخ، فيكون الجواز بغير رهن مع حسن الظن بيسـاره و أمانته كما ستعرف ذلك إن شاء الله.

أمـا لو كـان ثقه غير ملى ء فقـد يقوى الجواز، و الأـحوط أخـذ الرهن، و ليس المراد من الأحسن فى الآيه الفرد الأعلى الـذى لا أحسن منه، على معنى النهى عن التصـرف بـأموالهم إلاـ به، ضـروره اقتضاء ذلك تعطيل مال الطفل، إذ ما من حسن إلا و هناك أحسن منه، بـل المراد مطلق الأـحسن من عـدم القرب، إلا أن مقتضاه حينئـذ التخيير فى الافراد و إن تفاوتت، مع أن فى الاكتفاء بالفرد الأدنى مع تيسـر الفرد الأعلى مطلقا إشـكالا إن لم يكن منعا، خصوصا لو فرض أحسنيه إقراض مال الطفل من إبقائه لغرق و حرق و نحوهما، و فرض وجود الطالب الثقه

الملى و الرهن و الكفيل فإنه لا إشكال فى وجوب إقراضه، و حرمه إقراضه من الفاسق المجرد عن الملاءه و الرهن

---

۱- ۱ سوره الانعام الآيه- ۱۵۲.

و الكفيل و نحوها، و إن كان إقراضه مع انحصار الأمر فيه أحسن من الإبقاء، اللهم إلا أن يقال: إن مثله لا يعد أحسن، و إنما أوجبنا، مع الانحصار، لأنه أقل قبحا من الإبقاء المؤدى لتلف المال و ضياعه، و إلا فهو لا حسن فيه مع اتفاق غيره ممن فرض.

و قد يقال: إن المراد بالأحسن من غيره من الأفراد الموجوده، فيجب حينئذ تقديم الفرد الأعلى مع وجوده، و لكن لا يجب تطلبه مع وجود الفرد الأدنى، فيكفى حينئذ فى نفيه أصاله عدم حصوله، كما أنه يصدق على الفرد المتيسر أنه أحسن من غيره، لعدم وجود فرد آخر، إذ غيره مما هو أعلى منه لو حصل كان فردا، فهو فرض فرد لا فرد فعلا، فلا يقدح كونه أحسن.

إلا أنه و مع ذلك فالأحوط و الاولى عدم المبادره إلى المتيسر مع مظنه حصول فرد آخر أعلى منه، أو الاحتمال المعتد به، اكتفاء بأصاله العدم، إلا أن يكون فى المبادره صلاح يرجح على المصلحه التى فى الانتظار، بل قد يقال برجوع ذلك إلى الأول، ضروره كون الأحسن فى الفرض المزبور الإبقاء منتظرا للفرد الأعلى المظنون أو المحتمل احتمالا معتدا به، كما أن الأحسن مع فرض كون المبادره أصلح الفرد المتيسر، و بالجمله الميزان ما ذكرناه و هو جيد جدا.

أو يقال: إن المراد به ما يعد حسنا عند العقلاء، فلا يراد من الأحسن معنى التفضيل بل المقصود الرخصه فى القرب لأموالهم بما يعده أهل المعرفه حسنا، و أن فاعله من المحسنين، لكن قد يقال: إنه بعد التأمل راجع إلى الأول، أو الثانى فى الثمره، كما أن احتمال إراده الإطلاق من الآيه من دون تقدير مفضل عليه مخصوص من القرب، أو الغير بدعوى أن لها مصاديق ينقحها العرف، نحو ما قيل فى الوجدان المنفى فى آيه التيمم (۱)و أنه لا حاجه إلى تقدير متعلقه من الأماكن القريبه أو غيرها كذلك أيضا.

و قد بان لك من ذلك كله المدار فى المسأله الذى على الفقيه تحريره، و إلا فالخصوصيات غير منضبطه، تختلف باختلاف الأحوال، فليس على الفقيه حصرها،

---

۱- ۱ سوره النساء الآيه ۴۳.

و لا تعليق الحكم عليها، و إن وقع ذلك من بعض الأصحاب فالمراد به الغلبه.

كما أنه بان لك أيضا أنه لا يجوز أن يسلف ماله إلا مع ظهور الغبطه له، كأن يبيع بزياده عن الثمن إلى أجل و أنها ربما توقفت على كونه من ثقه ملی ء برهن أو كفيل، بل أطلق فى المسالك أنه حيث يجوز يجب كون المديون ثقه مليا، و يرتهن على الحق ما يفى بقيمته مع الإمكان.

بل: قال سابقا: «إنه يعتبر فى الرهن كونه مساويا للحق أو زائدا عليه، ليتمكن

استيفاؤه منه، و كونه بيد الولى أو يد عدل ليتم التوثق و الإشهاد و لو أخل ببعض هذه ضمن» و إن كان فيه أن ذلك كله ينبغى تقييده بتوقف التى هى أحسن عليه، و أن الإبقاء بدون شی ء من ذلك هو الأحسن كالمحكى عن حجر التذكره من أنه يرتهن به رهنا وافيا، فإن لم يفعل ضمن.

و على ذلك بنى قول المصنف لا يجوز له إقراض ماله إذ لا غبطه. نعم لو خشى على المال من غرق أو حرق أو نهب و ما شاكله جاز إقراضه و أخذ الرهن بل فى المسالك هنا أيضا يقرضه من الثقه الملى و يرهن عليه و يشهد كما مر، و قال أيضا: «من مسوغات إقراض مال اليتيم خوف تلفه، بتسويس الحنطه و شبهها، فيقرضها من الثقه الملى مع الإمكان بالرهن، لإمكان جحوده و تعذر الإيفاء».

و قال المصنف و لو تعذر أى الرهن اقتصر على إقراضه من الثقه غالبا و ظاهره كما فى المسالك أن مع إمكان الرهن لا يعتبر كون المقترض ثقه و لا مليا، لانضباط الدين بالرهن، كالمحكى عن الإرشاد، و اللمعه، و رهن التذكره، و حجر القواعد، بل عن بعضهم التصريح بذلك، و فى التذكره اعتبار الرهن و الملاءه و الثقه جميعا مع الإمكان، و أسقط اعتبار الرهن مع عدم إمكانه.

و عن المبسوط لا يجوز القرض إلا فى موضع الضروره، كالخوف من نهب أو حرق أو غرق، فيجوز له حينئذ أن يقرضه من ثقه ملى يقدر على قضائه، إلى غير ذلك من كلماتهم التى لا بد من إرجاعها إلى الميزان الذى ذكرناه سابقا، الذى منه يعرف الحال فيما لو تعذر الثقه و الارتهان و الملاءه و نحو ذلك، و كان الخوف من الغرق و نحوه

حاصلا، إذ لا ريب فى أنه فى بعض الأحوال يكون الأحسن إقراضه، و لو من الفاسق المعسر، لأنه مرجو الحصول فى الدنيا و الآخره، و فى بعضها الأحسن إبقاؤه باعتبار ضعف احتمال التلف بالنسبه إلى الإقراض من الفاسق المعسر، خصوصا بعد ملاحظه كون التالف ظلما يعوضه الله جل شأنه على صاحبه فى الدنيا و الآخره.

و على كل حال فالأولى إيكال الأمر إلى الضابط المذكور الذى هو مختلف باختلاف الأحوال و الأزمنه و الأمكنه، بل معرفه الأولياء فيه مختلفه، و من ذلك يعلم عدم اعتبار العداله الشرعيه، فإنه ربما يكون السبيل الأحسن فى غيرها، لكن قد يظهر من جمع اللمعه- الثقه و العدل- اعتبارها، و فى المسالك «المراد بقولهم الثقه غالبا الثقه فى ظاهر الحال، يعنى الإكتفاء بظاهر أمره، و لا يشترط العلم بذلك لتعذره، فعبروا عن الظاهر بالغالب، نظرا إلى أن الظاهر يتحقق بكون الغالب على حاله كونه ثقه، لا أن المراد كونه فى أغلب أحواله ثقه دون القليل، لأن ذلك غير كاف».

قلت: قد عرفت أن المدار على غير ذلك، و يمكن أن يكون المراد من الثقه غالبا من تطمئن به النفس بالنسبه إلى الوفاء، بل لا يعتبر فى ذلك العلم للعسر، بل يكفى فيه التتبع لأغلب أحواله المفيد اطمينانا كما هو المعتاد و الأمر فى ذلك كله سهل بعد ما عرفت.

إنما الكلام فى أنه أى الضابط المزبور معتبر فى تصرف المولى لنفسه، أو يكفى فيه عدم الضرر على الطفل، فعن النهايه و الوسيله «أنه يجوز للولى اقتراض مال الطفل إذا كان متمكنا من قضائه،» و عن حجر التذكره «لا يحتاج الأب إذا باع مال ولده عن نفسه نسيئه أن يرتهن له من نفسه، و كذا لو اشترى له سلما مع الغبطه بذلك» و عنه و عن جامع الشرائع اشتراط الملاءه المصلحه للطفل، بل عن السرائر «لا يجوز له بحال، لأنه أمين و الأمين لا يجوز له أن يتصرف فى أمانته» و إن كان هو واضح الضعف، لمخالفته الآيه و الروايه ف

فى صحيح أبى الربيع (۱)أنه «سئل الصادق عليه السلام عن رجل ولى يتيم فاستقرض منه؟ فقال: إن على بن الحسين عليهما السلام قد كان

---

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۷۶- من أبواب ما يكتسب به فى ذيل حديث- ۱.

یستقرض من مال أیتام کانوا فی حجره، فلا بأس بذلک»

و

فی خبر ابن أسباط(۱)«إن کان لأخیک مال یحیط بمال الیتیم إن تلف فلا بأس به، و إن لم یکن له مال فلا یعرض لمال الیتیم»

و نحوه خبره الآخر(۲)و خبر غیره مما تضمن العمل بمال الیتیم علی سبیل القرض أو القراض، فلا ینبغی التأمل فی جواز ذلک للولی فی الجمله.

و إنما البحث فی اشتراط ذلک بما اشترط به التصرف بالنسبه إلی الغیر من کونه الأحسن، أولا، مقتضی إطلاق الآیه الأول، بل لعلها فی تصرف الأولیاء لأنفسهم أظهر، کما أنها أقوی من إطلاق بعض الأخبار، و ترجح علیه، و إن کان التعارض بینها من وجه فالأحوط الاقتصار فی تصرفهم علی ذلک، خصوصا غیر الأب و الجد منهم، فإنه قد یحتمل فیهما الاکتفاء بعدم الضرر و تمام الکلام فی ذلک فی غیر المقام و الله أعلم.

و کیف کان ف إذا اشترط المرتهن الوکاله فی العقد لنفسه، أو لغیره أو وضع الرهن فی ید عدل معین صح بلا خلاف، بل عن الغنیه الإجماع علیه، لعموم (۳)

«المؤمنون عند شروطهم(۴)

و «أَوْفُوا» و خصوص ما دل علی الرهن الشامل لهذا الفرد بل و لزم و لم یکن للراهن فسخ الوکاله وفاقا للمشهور بین الأصحاب نقلا و تحصیلا بل عن السرائر نسبه الخلاف فیه إلی أهل الخلاف، مشعرا بعدمه بیننا، و لعله کذلک، فإنی لم أجده إلا من الشهید فی اللمعه، بناء منه علی ما سمعته من مذهبه من عدم اللزوم فی نحوه من الشروط فی العقود اللازمه، و قد عرفت ضعفه.

نعم عن المبسوط أنه حکی الخلاف فی ذلک بلفظ القیل، و یمکن أن یرید الشافعی کما یشهد له ما یظهر من السرائر، فمن الغریب قول المصنف فیه علی تردد و إن ذکروا وجهه: کون الوکاله من العقود الجائزه التی من شأنها تسلط کل منهما علی الفسخ، و اشتراطها لا یقتضی لزومها، و إلا لم تبطل بالموت، أو عدم

---

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۷۵- من أبواب ما یکتسب به الحدیث ۱.

۲- ۲ الوسائل- الباب- ۷۵- من أبواب ما یکتسب به الحدیث ۳.

۳- ۳ الوسائل- الباب- ۲۰- من أبواب المهور الحدیث- ۴.

۴- ۴ سوره المائده الآیه- ۱.

لزوم الشرط و إن كانت فى عقد لازم، و انما أقصاها التسليط على الفسخ، أو أن الرهن و إن كان لازما من طرف الراهن إلا أنه جائز من طرف المرتهن، و ترجيح أحدهما على الآخر ترجيح من غير مرجح، و الأصل براءه الذمه من اللزوم، فيكون كالشروط فى العقود الجائزه.

و الجميع كما ترى إذ فى الأول: أن الوكاله و إن كانت من العقود الجائزه بالذات، لكن لا بأس بلزومها من جهه العارض كالشرط و نحوه، و دعوى أنه غير مقتض لذلك- يدفعها فرض كون المراد منه البيع وكاله، فهو كما لو صرح باشتراط عدم العزل، لا أن المراد مطلق الوصف بها و إن عزل بعد ذلك، و احتمال أن التصريح بعدم العزل لا يقتضى عدم ترتب الأثر لو وقع، بل أقصاه الإثم يدفعه أنه مناف لكون المؤمن عند شروطه، و البطلان بالموت- لانتفاء الموضوع، ضروره كونها استنابه تذهب بذهاب المنوب عنه- لا يقتضى جواز العزل.

و فى الثانى: ما تقدم سابقا من منافاته لما دل على لزوم الشروط، و الوفاء بالعقود، على أن التسلط للفسخ هنا لا فائده فيه، بل يزيده ضررا، إذ الفرض أنه شرط فى عقد الرهن لنفسه، ففسخه يزيده ضررا، و من هنا جزم فى الدروس فى المقام باللزوم، و لعله لما عرفت، و إن لم يقل به فى غيره، بل فى المسالك «أن الوكاله هنا مما العقد كاف فى تحققها، فلا يحتاج بعده إلى صيغه أخرى لها، لان الفرض منها مجرد الإذن بأى لفظ اتفق، و قد تقدم أنما العقد كاف فى تحققه، كجزء من الإيجاب و القبول، فحيث يكون لازما يلزم، و إن قلنا بعدم وجوب الوفاء بشرط لا يكفى العقد فى تحققه» و قد أشار بذلك إلى تفصيل قد حكينا سابقا عن الشهيد فى الشرائط بين ما تحتاج إلى أمر آخر غير العقد المشترط فيه، و بين ما لا يحتاج إلى ذلك، بل كان العقد كافيا فى لزومها، و هو و إن كان فيه ما فيه أيضا، إلا أنه قد يناقش فى كون الوكاله هنا من القسم الثانى، بل و فى حصول الإذن بعد أن كان المراد من الشرط إيقاع الوكاله بعد عقد الرهن، إذ لا معنى لإنشائها بلفظ الشرط المعلوم عدم صلاحيته لذلك، فتأمل.

اللهم إلا أن يقال: إن المراد من اشتراط الوكاله هو ما أشرنا إليه سابقا من

البیع عنه، و لیس المراد نفس الوکاله و حینئذ لا یحتاج إلی أمر آخر غیر الشرط- فی العقد الذی قد استحق به، بمقتضی عموم (۱)

«المؤمنون عند شروطهم»

- علیه البیع عنه، و انحلال ذلک إلی الوکاله لا یقتضی کون المراد اشتراطها علی وجه تحتاج إلی صیغه بعد العقد، أو أن المراد اشتراط أثر عقد الوکاله، أو نحو ذلک، فتأمل جیدا، فإنه دقیق نافع فی وجه إطلاق الأصحاب لزوم الوکاله متی اشترط فی عقد لازم و الله اعلم.

و فی الثالث: أن الشرط علی الراهن فیکون لازما لأن الفرض لزوم العقد من جهته. نعم لو وقع شرط علی المرتهن أمکن عدم لزومه علیه باعتبار أن له فسخ العقد المشروط فیه.

و کیف کان فلا اشکال بل و لا خلاف فی أنها: أی الوکاله المشترط تبطل بموته أی الراهن کبطلانها بموت الوکیل، سواء کان المرتهن أو غیره لما عرفت من أن لزومها الحاصل من الاشتراط ما دام محلها باقیا، لا إذا خرج عن قابلیه النیابه و الاستنابه اللذینهما من مقومات الوکاله.

نعم تبطل هی خاصه دون الرهانه لعدم الارتباط بینهما، ضروره تبعیه الرهانه للدین الذی لم یختلف فی حالی موت کل منهما، و حیاته. و من هنا حکی الشهید عن إملاء فخر الإسلام أنه نقل الإجماع علی انتقال حق الارتهان إلی المشتری لو باعه المرتهن، و هو فی ذمه الراهن من شخص فتغیر مالک الدین- کتغیر مالک العین المرهونه بموت الراهن و المرتهن- غیر قادح فی انتقال حق الرهانه، فضلا عن تبین کون الدین لغیر المرتهن بإقرار، أو بینه علی أنه کان وکیلا فی الدین و الارتهان کما هو واضح.

و قد ظهر مما ذکرنا أنه لو مات المرتهن المشروط وکالته لم تنقل إلی الوارث وکالته، لکن ذکر المصنف و غیره إلا أن یشترطه بل لم یعرف فیه خلاف بینهم و کذا إن کان الوکیل غیره أی المرتهن.

---

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۲۰- من أبواب المهور الحدیث- ۴.

و ربما أشكل بأنه لا معنى لاشتراط انتقال الوكاله التى تبطل بالموت، و بأنه لا معنى لاشتراط وكاله الوارث على معنى حصولها بنفس الشرط فى العقد على حسب حال المورث و ربما يكون غير موجود حال الاشتراط، فضلا عن كونه غير قابل.

و يدفع بأن المراد بالاشتراط ما عرفت من البيع عنه للمرتهن، أو لوارثه فالشرط عليه هو البيع عنه، و هو صحيح بالنسبه إلى المرتهن و وارثه و الأجنبى، و الوكاله فيه تبعيه لا أصليه، أو يراد اشتراط التوكيل عليه بصيغه جديده للوارث، إلا أن الأول أولى و أدق، كما أن اشتراطها على الراهن بعد موته لا بد من تنزيله على الوصيه، ضروره عدم صحه الوكاله بعد الموت و الله أعلم.

و قد تلخص من ذلك و مما ذكرناه فى غير المقام أن المراد بقول الأصحاب تلزم الوكاله إذا اشترطت فى عقد لازم، أحد أمرين:

الأول: إراده الوكاله العقديه، و هذه لا ريب فى عدم تحققها بالشرط الذى هو فى الحقيقه معنى مباين لإيجابها، فلا يتحقق حينئذ عقدها بذلك، و لا يقال: انهما عقدان بل هو عقد واحد مشتمل على شرط مفيد للإلزام بحصولها، فيحتاج فى الوفاء به إلى إيجاد عقدها و لزومها، إما لكون المراد و لو من القرينه إراده عدم العزل، و إما لكون المراد البيع وكيلا عنه من حين إيجاد صيغه التوكيل إلى حصولها البيع، فلو عزله فى الأثناء لم يؤثر، لكونه منافيا للشرط الذى هو البيع عنه وكيلا من حين التوكيل.

نعم لا ريب فى جريان باقى أحكام الوكاله عليها، كالفسخ بالموت و الجنون و الإغماء و نحو ذلك، مما كان دليله شاملا للوكاله المشروطه فى عقد لازم و غيرها لكون كل منهما وكاله و لم يفد الشرط إلا كونها لازمه على المشروط عليه، بمعنى عدم جواز فسخها منه باعتبار وجوب الوفاء بالشرط لا غير ذلك، من أحكام الوكاله، و لعل هذا هو الموافق لكلمات الأصحاب، خصوصا مع ملاحظه ما ذكرناه فى وجه الاستدلال على انفساخها بالموت، و خصوصا مع ملاحظه إطلاق اسم الوكاله عليها، و هى عندهم عباره عن العقد المخصوص، و لا ينافى ذلك قولهم أنها لا تنتقل بموت المرتهن مثلا

إلى وارثه الا مع الشرط، ضروره صلاحيه إلزام تحصيلها بعقدها على الراهن مثلا بالنسبه إلى وارث المرتهن و غيره، لعموم أدله الشرط، لا أن المراد انتقال الوكاله من دون عقدها إلى الوارث بالشرط كما هو واضح.

و الثاني: أن يراد بالوكاله المصداق الموافق لمصداقها مع عدم التقييد بكونها وكاله، نحو ملك العين بعوض معلوم و إن لم يكن بيعا، و قد ذكرنا سابقا صحه اشتراط ذلك بعد عدم دليل على انحصار مفاده فى عقد الوكاله التى أقصاها أنها تفيده، لا أنه لا يكون إلا بها، فيبقى عموم الشرط حينئذ بحاله.

نعم لا يلحق ذلك شى ء من أحكام الوكاله الثابته لها من حيث كونها وكاله، لما عرفته من عدم كون الحاصل بالشرط من أفرادها، أما الانفساخ بالموت و الجنون و الإغماء فقد يقال: بثبوتها باعتبار لحوقها لمعنى النيابه المفروض تحققها فى المعنى الشرطى، إذ لا يعقل نيابته و هو ميت أو مجنون أو مغمى عليه، كما لا يعقل نيابته عنهم.

و بالجمله كل حكم ثبت للوكاله من حيث معنى النيابه يلحق المستفاد من الشرط، ضروره كونه نيابه، و إن لم يكن وكاله، دون غيره من الأحكام الثابته للوكاله باعتبار مفهومها المفروض عدمه فى المعنى الشرطى، و أما اشتراط هذا المعنى بالنسبه إلى الوارث أو الأجنبى فلا بأس به، لعموم المؤمنون و غيرها، و ليس هو من الوكاله المحتاجه إلى عقد و هذا جيد و ينطبق عليه اللزوم مع الاشتراط فى عقد لازم، إلا أنه بعيد عن كلمات الأصحاب و الله العالم.

و لو مات المرتهن و لم يعلم أن الرهن فى تركته، لم يحكم به فى ذمته، لأصاله البراءه، و لعله تلف منه بغير تفريط، و لا فى ماله لأصاله عدمه فيما هو فى ملكه بمقتضى ظاهر يده المحكوم شرعا بأنه لورثته، بمقتضى عموم(۱)

«ما تركه الميت»

و حينئذ فلو كان الرهن فيها فى الواقع فهو كسبيل ماله فى الظاهر، كما فى السرائر، و القواعد، و التحرير، و غيرها حتى يعلم بعينه بقيام بينه و نحوها، و ان اشتبه بنظائره فيها، فإن المرجع فيه حينئذ إلى الصلح و نحوه، لا أن المراد حتى

---

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۳- من أبواب ولاء ضمان الجريره الحديث- ۴- ۱۴.

يعلم بشخصه و خصوصه، ضروره عدم خروج المال عن ملك صاحبه بالاشتباه، بل الظاهر تقديمه على الغرماء، لكونه كالشريك فى الأعيان.

و إن كان قد يحتمل مساواتهم باعتبار كون الاشتباه كالتلف فى الرجوع إلى الضمان، و لعله لذا قال المصنف فى باب الوديعه: «إذا اعترف بالوديعه ثم مات و جهلت عينها قيل: تخرج من أصل تركته، و لو كان له غرماء، فضاقت التركه حاصهم المستودع، على تردد» و إن كان هو واضح الضعف.

و كيف كان فلا- بد من حمل العباره على ما ذكرناه، و ان كانت لا تخلو من إبهام و لذا تركها فى القواعد و غيرها و الأمر فى ذلك سهل. نعم قد يشكل أصل الحكم بذلك و ان كان ظاهرهم الجزم به هنا، كما اعترف به فى المسالك، بأن الأصل بقاؤه فى المال الذى كان فى زمن الحياه ملك و رهن، فلا قضاء لليد بالملك بعد العلم بأنها كانت أعم، و الأصل عدم التلف، كما أن الأصل عدم تركه له غير الموجود، فينحصر الرهن حينئذ فى التركه الموجوده بمقتضى الأصل الشرعى الذى هو بعد فرض حجيته كالبينه و نحوها، و أصاله عدم كونها من التركه الموجوده لا- أصل لها، إذ ليس لها حاله سابقه كان خارجا عنها حتى تستصحب.

و ما فى المسالك- تبعا لجامع المقاصد فى الجمله من أنه يمكن أن يقال:

لا تعارض بين الأصلين، فأصاله بقاء المال يمكن أن يجامع أصاله البراءه، لأن المال بيد المرتهن غير مضمون، بل هو امانه يمكن تلفه بغير تفريط فلا يكون مضمونا، و حديث (۱)

«على اليد ما أخذت حتى تؤدى»

لا بد من تخصيصه بالأمانات، و لم يعلم هنا ما يزيل الأمانه، فيبقى أصاله براءه الذمه رافعه لاستحقاق الراهن فى المال و الذمه، لعدم التعارض، فيتم ما أطلقوه حيث يشتبه الحال.

- واضح الضعف بعد ما عرفت من اقتضاء أصاله بقاء المال، و أصل عدم التلف، و أصل عدم تركه له غير الموجود- كونه فى المال، و ليس هذا من ضمان المال حتى يقال: إن الأمانه خرجت من

عموم «على اليد»

و فى مضاربه القواعد «و لو مات العامل

---

۱- ۱ سنن البيهقى ج ۶ ص ۹۰ كنز العمال ج ۵ ص ۲۵۷.

و لم يعرف بقاء مال المضاربه بعينه صار أسوه الغرماء على إشكال» و ستسمع ما فيها.

و فى التذكره فى الوديعه «نعم قد يتجه ما ذكره فيما لو علم بالرهن، و لم يوجد فى التركه قطعا، كما إذا كان سيفا مثلا و لا سيف فيها، مع أنه قد يقال: بالضمان فيه أيضا، لأصاله البقاء، و

عموم «على اليد»

المسلم استثناء تلف الأمانه منه بغير تفريط، الثابت بالبينه أو بيمين لا سائر أحوال الأمانه، فالتلف الذى لم يدع الأمين كونه بغير تفريط، و لا علم كونه كذلك على قاعده الضمان.

بل لو سلم أن المستثنى تلف الأمانه مطلقا، حتى يكون الأصل فى تلفها عدم الضمان إلا بأن يعلم كونه بتفريط، فهو بعد إحراز التلف، أما إذا لم يكن معلوما بل الأصل يقتضى عدمه، فلا، و عدم الوجود فى التركه أعم منه قطعا، إذ يمكن جعله فى حرز لا يعلم به إلا هو، فعموم على اليد بحاله، بل فى الحقيقه ليس ذلك تضمينا بل هو رد للأمانه المحكوم ببقائها بمقتضى الأصل الذى لا فرق بين الأمين و غيره فى الخطاب به».

قال فى القواعد: و لو مات المستودع و لم توجد الوديعه فى تركته فهى و الديون سواء على إشكال: أى فى كيفيه الضمان لا فى أصله، هذا إن أقر أن عنده وديعه، أو عليه وديعه أو ثبت أنه مات و عنده وديعه، أما لو كانت عنده فى حياته و لم توجد بعينها، و لم يعلم بقاؤها ففى الضمان إشكال» و عن شرح الإرشاد «نسبه الضمان إلى نص الأصحاب» و فى التذكره «قد بينا الخلاف فيما إذا كان عنده وديعه و لم توجد فى تركته، فإن الذى يقتضيه النظر عدم الضمان، و الذى عليه فتوى أكثر العلماء منا و من الشافعيه الضمان».

و قد بان لك من ذلك كله أن الصور سته:

الأولى: علم الرهن فى جمله التركه.

الثانيه: أن يعلم أنه كان عند الميت و لم يعلم كونه فى التركه أولا؟ تلف بغير تفريط أولا؟.

الثالثه: أن يعلم كونه عنده كذلك، و لكن ليس فى التركه قطعا.

الرابعه: أن يعلم تلفه فى يده و لم يعلم كونه بتفريط أولا؟.

الخامسه: أن يعلم كونه عنده إلى أن مات، و أنه لم يتلف منه، إلا أنه لم يوجد فى التركه.

السادسه: كذلك، إلا أنها مع احتمال التلف بعد الموت، كل ذلك مع عدم التقصير منه بترك الوصيه و الإشهاد، و حكم الأولى واضح، كحكم ما لو علم الرهن بعينه، أما ما عداها فقد يقوى الضمان فى غير الرابعه التى قد عرفت احتماله فيها، إلا أن الأقوى خلافه، كما أن الأقوى فى بعض صور الضمان التقديم على باقى الغرماء، بل لعله محتمل فى جميعها، لما عرفت من أنه فى الحقيقه رد للأمانه نفسها، لا ضمان لها.

أما إذا لم يعلم أن فى التركه رهنا، لعدم العلم بأصل الرهانه فلا إشكال فى كون الحكم فى الجميع كسبيل مال الميت، عملا بظاهر اليد، و أصاله عدم الرهن، و يمكن حمل عباره المصنف و غيره عليه. بل لعله كذلك فى العلم بأصل الرهانه فى الجمله، إلا أنه لم يعلم الفك و عدمه، و إن كان قد يحتمل الحكم بها لأصالتها، خصوصا إذا كانت العين مشخصه، و قد علم أنها كانت رهنا عند الميت، ثم لم يعلم أنها قد خرجت عنه و دخلت فى ملك الميت، أو أنها باقيه على الحال الأول، فتأمل.

و احتمال- خروج الرهن عن حكم الوديعه و المضاربه، ل

خبر عمر بن رياح القلاء(1)«سألت أبا الحسن عليه السلام عن رجل هلك و ترك صندوقا فيه رهون، بعضها عليها أسماء أصحابها، و بكم هو رهن، و بعضها لا يدرى لمن هو، و لا بكم هو رهن، فما ترى فى هذا الذى لا يعرف صاحبه؟ فقال: هو كماله.»

يدفعه معلوميه عدم العمل بظاهر الخبر فيما نحن بصدده، بل يكون ذلك كمجهول المالك، أو يحمل على عدم معرفه كونه رهنا، أو نحو ذلك مما لا يخالف الضوابط فتأمل جيدا. فإن المسأله غير محرره فى كلامهم، بل لعل المغروس فى الذهن عدم الضمان فى كثير من صورها و الله أعلم.

---

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۱۴- من أبواب أحكام الرهن الحديث- ۱- لكن فى السند محمد بن رياح.

و يجوز للمرتهن ابتياع الرهن من الراهن أو من يقوم مقامه قطعا، و من نفسه إذا كان وكيلا عنه وكاله شامله له بالتصريح أو العموم الذى هو مثله، بل و مع إطلاق الوكاله على المشهور، بل فى المختلف «من غير كراهه لتحقق الموكل عليه بالبيع منه، ضروره صدقه عليه» خصوصا مع اشعار عدم التعرض للخصوصيه بالغائها، و أن المراد بيعه بثمنه من أى مشتركان، و دعوى- ظهور الوكاله فى عدم بيعه عليه، أو فى البيع على غيره من غير تعرض له، فحينئذ لا يجوز إلا بالإذن، أو وجود قرينه تدل عليه، كما اختاره فى جامع المقاصد هنا- لا شاهد لها، و لو سلم الانسياق فهو انسياق أظهريه لبعض الأفراد، لا أن ذلك هو المراد.

و هذا البحث لا يخص المقام، بل هو جار فى غيره، و تمام الكلام فيه هناك، إلا أن ظاهر المصنف فيما تقدم عدم بيعه من نفسه فى إطلاق الوكاله، و عن أبى على:

«لو وكل المرتهن فى بيعه لم اختر له بيع ذلك، خاصه إذا كان الرهن مما يحتاج إلى استيفاء أو وزن، أو أراد المرتهن شراءه أو بيعه لولده و شريكه، أو ما يجرى مجراهما» و ظاهره الكراهه و إن حكى عنه المنع، و الله أعلم.

و المرتهن أحق من استيفاء دينه من الرهن من غيره من باقى الغرماء، سواء كان الراهن حيا و قد حجر عليه للفلس أو ميتا، على الأشهر بل المشهور بل لا خلاف فيه فى الأول، بل و الثانى عدا ما عساه يظهر من الصدوق، حيث أنه روى الروايه الداله على الاشتراك التى رماها فى السرائر بالشذوذ، و فى الدروس بالهجر، و هو فى معنى الإجماع، بل فى الأول دعواه صريحا و لعله كذلك إذ خلاف الصدوق- مع أنه غير متحقق، لعدوله عما ذكره فى أول كتابه من أنه لا يذكر فيه إلا ما يفتى به- غير قادح فهو الحجه حينئذ، مضافا إلى ما دل من النصوص (۱)و غيرها على كون الرهن وثيقه للدين، و فائدتها شرعا و عرفا استيفاء الدين منها.

---

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۱- من أبواب أحكام الرهن الحديث- ۱- ۶- ۹.

و

خبر عبد الله بن الحکم (۱)- الضعیف المرتفع القول عن الصادق علیه السلام «عن رجل أفلس و علیه الدین لقوم، و عند بعضهم رهون، و لیس عند بعضهم فمات، و لا یحیط ماله بما علیه من الدین، فقال: یقسم جمیع ما خلف من الرهون و غیرها علی أرباب الدین بالحصص».

- محمول علی الرهانه بعد الفلس، أو مطرح ک

مکاتبه سلیمان بن حفص(۲)- الذی لم ینص علماء الرجال علی توثیقه، بل و لا مدحه،- إلی أبی الحسن علیه السلام «فی رجل مات و علیه الدین و لم یخلف شیئا إلا رهنا فی ید بعضهم، فلا یبلغ ثمنه أکثر من مال المرتهن، أ یأخذه بماله، أو هو و سائر الدیان فیه شرکاء فکتب

جمیع الدیان فی ذلک سواء، یتوزعونه بینهم بالحصص»

فمن الغریب وسوسه بعض متأخری المتأخرین فی الحکم المزبور لهما، و لا غرابه بعد اختلال الطریقه، نعم لو زاد الرهن عن الدین اختص الغرماء بالزائد.

و أما لو أعوز الرهن عن وفاء الدین و قصر ضرب صاحب الدین مع الغرماء بالفاضل بلا خلاف و لا إشکال لأن دینه فی الذمه لا محصور بالرهن کما هو واضح و کیف کان ف الرهن أمانه فی یده لا یضمنه لو تلف عنده بغیر تفریط، بلا خلاف أجده فیه بیننا، بل ظاهر کشف الحق و غیره الإجماع علیه، بل عن الخلاف، و الغنیه، و السرائر، و التذکره، و المفاتیح، دعواه صریحا، فمن الغریب نسبته فی الدروس إلی الأشهر، مشعرا بوجود الخلاف فیه بیننا، نعم هو معروف بین العامه.

فعن أبی حنیفه أنه مضمون، و عن شریح، و النخعی، و الحسن البصری، أنه مضمون بجمیع الدین، و إن کان أکثر من قیمته، لأن الرهانه تذهب بما فیها، و ربما حکی عنهم أنه مضمون بجمیع قیمته، فیتراد ان الفضل حینئذ بینهما. و عن الثوری، و أصحاب الرأی أنه یضمنه بأقل الأمرین من قیمته أو قدر الدین، فإن کان قیمته أقل سقط من الدین بقدر قیمته و إلا سقط الدین و لا یضمن الزیاده.

---

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۱۹ من أبواب أحکام الرهن الحدیث- ۱.

۲- ۲ الوسائل- الباب- ۱۹ من أبواب أحکام الرهن الحدیث- ۲.

و

قال الصادق علیه السلام فی صحیح جمیل (۱)«عن رجل رهن عند رجل رهنا فضاع الرهن فهو من مال الراهن، و یرتجع المرتهن بماله علیه»

و

فی صحیح إسحاق بن عمار الصیرفی (۲)الثقه «قلت لأبی إبراهیم علیه السلام: الرجل یرتهن العبد فیصیبه عورا و ینقص من جسده شی ء، علی من یکون نقصان ذلک؟ قال: علی مولاه، قال: إن الناس یقولون إن رهنت العبد فمرض أو انفقأت عینه فأصابه نقصان فی جسده ینقص من مال الرجل بقدر ما ینقص من العبد، قال: أ رأیت لو أن العبد قتل قتیلا علی من تکون جنایته؟ قال: جنایته فی عنقه».

و

فی خبره الآخر(۳)عنه أیضا «قلت له: الرجل یرهن الغلام أو الدار، فتصیبه الآفه علی من یکون؟ قال: علی مولاه، ثم قال: أ رأیت لو قتل قتیلا علی من کان یکون؟ قلت: هو فی عنق العبد، قال: ألا تری فلم یذهب عن مال هذا، ثم قال:

أرایت لو کان ثمنه ماءه دینار فزاد و بلغ مأتی دینار لمن کان یکون؟ قلت: لمولاه، قال: و کذلک یکون علیه ما یکون له»

إلی غیر ذلک من الأخبار الداله علی المجمع علیه بین الأصحاب، المشتمله علی بیان الوجه ردا علی العامه العمیاء، المستفاد منها الدلاله بما دل من النصوص علی أن منفعه

الرهن للمالک، بضمیمه قاعده «أن من کان النفع له، کان النقصان علیه».

کما تضمنه

الخبر النبوی (۴)المشهور الذی استدل به هنا غیر واحد من الأصحاب:

«لا یغلق الرهن من صاحبه، له غنمه، و علیه غرمه»

أی لا یملکه المرتهن بالارتهان و

فی الآخر(۵)«الخراج بالضمان»

فإذا کان خراجه للراهن بلا خلاف، کان ضمانه علیه.

فمن الغريب وسوسه بعض متأخرى المتأخرين فى الحكم المزبور، لأخبار

---

١- ١ الوسائل- الباب- ۵- من أبواب أحكام الرهن الحديث- ١ مع اختلاف يسير.

٢- ٢ الوسائل- الباب- ۵- من أبواب أحكام الرهن الحديث- ۴ مع اختلاف يسير.

٣- ٣ الوسائل- الباب- ۵- من أبواب أحكام الرهن الحديث- ۶.

۴- ۴ المستدرك ج- ٢- ص ۴٩۵.

۵- ۵ المستدرك ج- ٢- ص ۴٧٣.

معلومه الطرح بين الأصحاب، و أنها خرجت مخرج التقيه، أو محموله على التفريط، أو نحو ذلك.

ك

خبر محمد بن قيس (۱)عن الصادق عليه السلام «عن أبى جعفر عليه السلام قضى أمير المؤمنين عليه السلام فى الرهن إذا كان أكثر من مال المرتهن فهلك أن يؤدى الفضل إلى صاحب

الرهن، و إن كان أقل من ماله فهلك الرهن أدى إلى صاحبه فضل ماله، و إن كان الرهن يسوى ما رهنه، فليس عليه شى ء».

و

موثق ابن بكير(۲)«سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرهن؟ فقال: إن كان أكثر من مال المرتهن فهلك أن يؤدى الفضل الى صاحب الرهن و إن كان أقل من ماله فهلك الرهن، أدى إلى صاحبه فضل ماله، و إن كان سواء فليس عليه شى ء».

و

خبر أبى حمزه(۳)«سألت أبا جعفر عليه السلام عن قول على عليه السلام فى الرهن يترادان الفضل؟ قال: كان على عليه السلام يقول: ذلك، قلت: كيف يترادان الفضل؟ فقال: إذا كان الرهن أفضل مما رهن به، ثم عطب يرد المرتهن بالفضل على صاحبه، و إن كان لا يسوى رد الراهن ما نقص من حق المرتهن، قال: و كذلك كان قول على عليه السلام فى الحيوان و غير ذلك».

و

خبر عبد الله بن الحكم (۴)«سألت الصادق عليه السلام عن رجل رهن عند رجل رهنا على ألف درهم، و الرهن يساوى ألفين فضاع فقال يرجع عليه بفضل ما رهنه، و إن كان أنقص مما رهنه عليه فالرهن بما فيه».

و

خبر إسحاق بن عمار(۵)«سألت أبا إبراهيم عليه السلام عن الرجل يرهن الرهن بمأه درهم و هو يساوى ثلاثمائه درهم، فهلك، أ على الرجل أن يرد على صاحبه مأتى درهم؟ قال: نعم، لأنه أخذ رهنا فيه فضل وضيعه، قلت: فهلك نصف الرهن فقال: على حساب ذلك، قلت: فيترادان الفضل؟ قال: نعم».

إلى غير ذلك من النصوص التى يمكن حملها على صوره التفريط، كما يشعر به

---

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۷- من أبواب أحكام الرهن الحديث- ۴.

۲- ۲ الوسائل- الباب- ۷- من أبواب أحكام الرهن الحديث- ۳.

٣- ٣ الوسائل- الباب- ٧- من أبواب أحكام الرهن الحديث- ١.
٤- ۴ الوسائل- الباب- ٧- من أبواب أحكام الرهن الحديث- ۵.
۵- ۵ الوسائل- الباب- ٧- من أبواب أحكام الرهن الحديث- ٢.

قوله فی الأخیر ضیعه، بل أوضح منه

مرسل أبان (۱)«عن أبی عبد الله علیه السلام أنه قال فی الرهن: إذا ضاع عند المرتهن من غیر أن یستهلکه رجع فی حقه علی الراهن فأخذه، فإن استهلکه ترادا الفضل فیما بینهما»

بل هو کالصریح فی أن مراد علی مما رووه عنه علیه السلام من تراد الفضل فیما بینهما فی صوره الاستهلاک، لا ما فهمه بعض العامه.

و علی کل حال فالمسأله من الواضحات، و حینئذ فهو أمانه یجری علیه حکمها الذی منه تصدیقه فی دعوی التلف، من غیر فرق بین ذهابه وحده، أو مع جمله من ماله.

لکن

فی مرسل أبان (۲)«عن أبی عبد الله علیه السلام سألته کیف یکون الرهن بما فیه؟ إن کان

حیوانا، أو دابه، أو ذهبا، أو فضه، أو متاعا، فأصابته جائحه حریق أو لص، فهلک ماله أو بعض متاعه، و لیس له علی مصیبته بینه، قال: إذا ذهب متاعه کله فلم یوجد له شی ء فلا شی ء علیه، و إن قال: ذهب من بین مالی و له مال فلا یصدق»

و به أفتی ابن الجنید قال فیما حکی عنه: و المرتهن یصدق فی ضیاع الرهن إذا کان جائحه ظاهره، أو إذا ذهب متاعه و المرهون، فإن ادعی ذهاب الرهن وحده، لم یصدق و لم أجد له موافقا منا.

نعم حکی عن مالک أنه إن کان تلفه أی الرهن بأمر ظاهر کان من ضمان الراهن، و إن ادعی تلفه بأمر خفی ضمنه المرتهن، کما أنه لم أجد موافقا للصدوق فیما حکی عنه من عدم ضمان المرتهن لو ترک تعاهد الرهن و نشره، مع حاجته إلیهما فتلف بذلک، عملا ب

ما أرسله فی الفقیه (۳)«فی رجل رهن عند رجل مملوکا فجذم أو رهن عنده متاعا فلم ینشر ذلک المتاع و لم یتعاهده و لم یحرکه فأکل- یعنی أکله السوس- ینقصه من ماله بقدر ذلک؟ قال: لا»

و یمکن حمله علی عدم علم المرتهن باحتیاجه، أو علی اشتراطه التعاهد علی الراهن، أو غیر ذلک، کما أنه یمکن حمل الأول علی

---

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۵- من أبواب أحکام الرهن الحدیث- ۷.

۲- ۲ الوسائل- الباب- ۹- من أبواب أحکام الرهن الحدیث- ۱- مع اختلاف یسیر.

۳- ۳ الوسائل- الباب- ۵- من أبواب أحکام الرهن الحدیث- ۹.

إراده حصول التهمه الموجبه لليمين عليه، فلا ريب فى أن العمل فيهما على المشهور.

و قد ظهر من ذلک کله أنه لا يسقط من حقه أى المرتهن شى ء ما لم يتلف فى يده بتفريطه فأما إذا کان بتفريط حصل التهاتر قهرا مع حصول شرائطه، و إلا کان کل منهما مديونا للآخر، و احتمال التهاتر على کل حال- الظاهر ما سمعته من النصوص المحموله على ذلک، أو الظاهره فيه،- بعيد لقصورها عن الجرأه بها على مخالفه الضوابط، خصوصا بعد احتمال جريانها على الغالب من المساواه، و احتمال إراده شبه التهاتر منها أو غير ذلک، فما عساه يوهمه عباره المصنف و غيرها، لا بد من تقييده بما ذکرنا.

و على کل حال فالمشهور بين الأصحاب خصوصا المتأخرين عدم جواز تصرف المرتهن فى الرهن من دون إذن الراهن ف لو تصرف المرتهن حينئذ فيه اى فى الرهن برکوب أو سکنى مثلا أو إجاره من دون إذن الراهن أثم و ضمن العين لو تلفت بقيمتها يوم الهلاک، أو يوم التعدى، أو يوم المطالبه، أو أعلى القيم على البحث السابق و الآتى فى الغاصب و نحوه.

و لزمه أجره (۱۱) المثل فى الأولين على المشهور، بل ربما ظهر من بعضهم الإجماع عليه، لأنه انتفاع بمال الغير بغير إذنه.

و

الحسن كالصحيح (۱)«عن أبى جعفر عليه السلام أن أمير المؤمنين عليه السلام قال فى الأرض البور يرتهنها الرجل ليس فيها ثمره، فزرعها

و أنفق عليها من ماله، أنه يحتسب له نفقته و عمله خالصا، ثم ينظر نصيب الأرض فيحتسب من ماله الذى ارتهن به الأرض حتى يستوفى ماله، فإذا استوفى ماله فليدفع الأرض إلى صاحبها»

و لغير ذلک.

و الأجره المسماه فى الثالث، إذا کان قد قبضها المستأجر، و أجاز المالک عقد الإجاره و القبض، فان لم يجز القبض رجع بها على المستأجر إذا کانت فى الذمه و إلا تخير بين الرجوع عليه و الرجوع على المرتهن، و ان لم يجز العقد و لم تمض مده تصلح لاستيفاء ما يقابل بأجره عاده، فضلا عن المنفعه المقصوده بالإجاره لم يکن

---

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۱۰- من أبواب أحکام الرهن الحديث- ۱.

له شـی ء عندهما، أما إذا أسـلمها و قد مضت إحدی المدتین کان له أجره المثل علی المسـتأجر بفوات المسـتأجر منفعه ماله فی یـده التی هی ید ضـمان، بل قد یقال: بأن له الرجوع علی المرتهن لأنه بإجارته صار غاصـبا، فیتخیر المالک فی الرجوع علی من شاء منهما.

و منه ینقـدح ضـمانه: أی المرتهن کل منفعه للرهن تفوت عنـده، إذ کان قـد تعـدی فیه و إن لم یسـتوفها، بل ینقدح ضـمانه فی الفرض، و ان لم یتسـلم المسـتأجر العین، بناء علی أن عقـده علیها، و بـذلها للمسـتأجر تعد، کما صـرح به فی المسالک، و ان لم یتسلمها منه، نعم لو کان مجرد عقد فضولا و لم یسلمها إیاه و لا بذلها له لم یکن تعدیا.

و کیف کان فلا فرق فی عـدم جواز تصـرف المرتهن بین کونه قد أنفق علی الرهن بوجه شـرعی أو لم ینفق، لقبح التصـرف فی مال الغیر علی کل حال، و حینئـذ ف إن کان للرهن مؤنه کالـدابه، أنفق علیها و لو کان قـد تصـرف فیها برکوب و نحوه ظلما و تقاصا کما فی النافع، و القواعـد، و التحریر، و الإرشاد، و الکتاب، و اللمعه، و غیرها، بل فی الـدروس علیه المتأخرون: أی تهاترا قهرا مع اجتماع الشرائط من التساوی فی النوع و الصفه.

و قیل إن الشـیخ فی نهایته و الحلبی، و ابنی حمزه، و سـعید قالوا إذا أنفق علیها کان له رکوبها أو یرجع علی الراهن بما أنفق قال فی النهایه: «إذا کان الرهن الدابه فرکبها المرتهن کانت نفقتها علیه، و کذلک إذا کانت شاه و شرب لبنها کان علیه نفقتها، و إذا کـان عنـد إنسـان دابه، أو حیوان، أو رقیق رهنا، فإن نفقتها علی الراهن دون المرتهن، فإن أنفق المرتهن علیها کان له رکوبها، و الانتفـاع بهـا، أو الرجوع علی الراهن بمـا أنفق»، و قـال أبو الصـلاح: «یجوز للمرتهن إذا کان الرهن حیوانا یتکفل مؤنته أن ینتفع بظهره أو خـدمته أو صوفه أو لبنه، و إن لم یتراضـیا، و لاـ یحـل شـی ء من ذلـک من غیر تکفـل مؤنه و لاـ مراضاه، و الأولی أن یصرف قیمه منافعه فی مؤنته».

و فی الوسیله: و إن رهن حیوانا کان نفقته علی الراهن، فإن أنفق علیه المرتهن کان له الرجوع علی صاحبه ما لم ینتفع به، فإن انتفع به و لم ینفق رد قدر ما انتفع به، نحو ما فی جامع الشرائع، کما قیل، إلا أن الأخیرین کما تری لا صراحه فیهما بالخلاف، بل یمکن إرجاع کلامهما إلی ما علیه الأصحاب، فانحصر الخلاف حینئذ فی النهایه التی هی متون أخبار، و لیست کتاب فتوی، و فی أبی الصلاح الذی نقل لنا کلامه، و لیس النقل کالعیان.

و علی کل حال فمستندهما فی ذلک

صحیح أبی ولاد(۱)«سألت أبا عبد الله علیه السلام عن الرجل یأخذ الدابه أو البعیر رهنا بماله إله أن یرکبه؟ فقال: إن کان یعلفه فله أن یرکبه، و إن کان الذی رهنه عنده یعلفه، فلیس له أن یرکبه،»

و

خبر السکونی «(۲)عن جعفر عن أبیه عن آبائه عن علی علیه السلام قال: «قال رسول الله صلی الله علیه و آله:

الظهر یرکب إذا کان مرهونا، و علی الذی یرکب نفقته، و الدر یشرب إذا کان مرهونا، و علی الذی یشرب نفقته»

اللذین یمکن حملهما علی مساواه الحقین، و الإذن و لو للعاده، أو لأن رهنه مع عدم الإنفاق قرینه علی ذلک، و لا سیما إذا کان عدم الرکوب و الحلب مما یفسده، أو علی غیر ذلک.

بل لا- بأس بطرحهما، بعد اعراض معظم الأصحاب عنهما بل فی التذکره «لیس للمرتهن الانتفاع بالرهن بدون إذن الراهن بلا خلاف،» و فی السرائر «لا یجوز للمرتهن التصرف فی الرهن علی حال، للإجماع علی أن الراهن و المرتهن ممنوعان من التصرف فی الرهن» و مخالفتهما لقاعده «عدم التصرف فی مال الغیر بغیر إذنه» و قاعده الضمان لما یتلفه المتلف، و الرجوع بما عرفه علی الوجه الشرعی، مضافا إلی عدم صراحتهما فی المقابله، و لا فی منع المقاصه.

فمن الغریب بعد ذلک کله ما فی الدروس من أن المشهور جواز الانتفاع، قال:

«و نفقه الرهن علی الراهن لا علی المرتهن، فإن أنفق متبرعا فلا رجوع، و إن کان بإذن الراهن، أو الحاکم عند تعذره أو أشهد عند تعذر الحاکم، رجع بها علی الراهن،

---

۱- ۱- الوسائل- الباب- ۱۲- من أبواب الرهن الحدیث- ۱.

۲- ۲- الوسائل- الباب- ۱۲- من أبواب الرهن الحدیث- ۲.

و لو كـان له منفعه كالركوب و الـدر فالمشـهور جواز الانتفاع بهما، و يكون بإزاء النفقه، و هو فى روايه أبى ولاد و السـكونى و فى النهايه «إن انتفع، و إلا رجع بالنفقه».

و منع ابن إدريس من الانتفـاع، فـإن انتفع تقاصـا و عليه المتـأخرون، و الروايتـان ليسـتا بصـريحتين فى المقـابله، و لا ـ مانعتين من المقاصه، نعم تدلان على جواز ذلک و هو حسن، لئلا تضيع المنفعه على المالک نعم يجب استيذانه إن أمكن و إلا فالحاكم».

و فيه مضافـا إلى مـا عرفت أن ضـياع المنفعه على المالـک إن لم يسـتوفها لا ـ يجوز الاستيفـاء لأـنه أعم من الإـذن من المالک و الاسـتناد فيه إلى الخبرين يقضـى بالعمـل بما فيهما من المقابله أو المقاصه التى إن لم تكن صـريحهما فهى ظاهرهما، و هو حجه كالصـريح، فلا مناص حينئذ عن طرح الخبرين بالنسـبه إلى ذلک كله فى مقابله ما عرفت، أو حملهما على الإذن و نحوه أو على توقف الحفظ على الانتفاع المزبور، فإن بعض الدواب يفسده عدم الركوب، و عدم الحلب و شـرب اللبن، لانه مما يفسده البقاء، فضـمانه بـالقيمه كبيعه من غيره، من الإحسـان فى حفـظ الأمـانه، و الفرض أن حمـل الخبرين على ذلک و نحوه أولى من العمل بهما، و مع فرض عدم قبولهما لشى ء من ذلک فطرحهما متجه كما هو واضح.

ثم إن المصنف و غيره قد أطلق جواز الإنفاق، و لا بد من تقييده بعدم التمكن من إنفاق المالک لامتناع و عدم إمكان جبر، و لا توصل إلى ماله، أو لغيبه كذلک، ضروره كون النفقه عليه لا على المرتهن، بل قد يظهر من جماعه تقييده أيضا بعدم التمكن من الحـاكم، و إلا ـ وجب الرجوع إليه و الاستيـذان منه، و هو فى محله، لأـنه ولى الممتنع و الغـائب فى نحو ذلـک، بل ربما ظهر من بعضـهم اعتبار الإشـهاد فى الرجوع بما أنفقه عنـد تعذر المالک و الحاكم و إن كان واضح المنع، ضـروره تعسـره أو تعذره، فهو مصـدق بمقـدار ما أنفقه، و فى دعوى نيه الرجوع، لأنه أمين شـرعى على ذلک، و مع التهمه عليه اليمين، بل ربما ظهر من بعض هنا عدم اعتبار الحاكم، بل يشهد له بعض كلماتهم فى باب الوديعه و اللقطه، بل عن المهذب البارع، أن من عدا الشهيد لم

يشترطه، قـال: اشترط الشـهيد فى جواز الرجوع بـالنفقه إذن المالـك أو الحـاكم، فـإن تعـذر فالإشـهاد، و لم يشترط الباقون إذن الحاكم، و هو أولى، و ان كان فيه أنه اشترطه الفاضل فى التذكره، بل هو فى معقد ما تسمعه من شهره المسالك و غيرها.

و على كـل حـال فلعل وجه عـدم اشتراط الحاكم أن المرتهن باستيمان المالك قائم مقامه عنـد تعـذره أو امتناعه، فلا حاجه إلى رجوعه إلى الحـاكم، خصوصـا مع انـدراجه فى المحسـنين، و تعلق غرضه بالإنفـاق، باعتبار توقف بقاء الرهن الموضوع وثيقه له على دينه عليه، بـل قـد يقال لـذلك بالاكتفاء فى جواز رجوعه بما أنفقه عـدم إنفاق المالك، لا امتناعه مع عـدم إمكان جبره أو غيبه و نحوهما، و إن كان ينافيه ظاهر كلامهم، و أصاله براءه الذمه، و أصاله عدم قيام الغير مقامه فى شغل ذمته من غير اذنه.

بل لا يبعد اندراجه فى هذا الحال فى سلك المتبرعين الذين لا حرمه لأموالهم.

و لا يكفى نيه الرجوع بعـد أن كان الخطاب بالإنفاق لغيره، الـذى يمكن أن يكون عدم بذله النفقه منه لغفله، أو ظن وجودها أو نحو ذلك، فلا بد من مطالبته بها أولا، فإن بذل و إلا أجبر، فإن لم يمكن أنفق بإذن الحاكم أو بدونه على البحث السابق.

و فى المسالك و غيرها أن المرتهن إن أمره الراهن بالنفقه رجع بما غرم، و إلا اسـتأذنه، فإن امتنع أو غاب رفع أمره إلى الحاكم، فـإن تعـذر أنفق هو بنيه الرجوع، و أشـهد عليه ليثبت له اسـتحقاقه. و كيف كـان فلاـ بـد من تقييـد إطلاق المصـنف الإنفاق بما عرفت، كما أنه لا بـد من تقييـده المقاصه باجتماع شـرائطها، و يمكن قراءه عباره المصـنف أو تقاضـى بالضاد المعجمه كما عن بعض النسخ، إلا أنه يبعده وقوع هذه اللفظه فى غيرها من عبارات الأصحاب، و الأمر سهل بعد وضوح المقصود و الله أعلم.

و المشهور بين الأصـحاب بـل لم أجـد فيه خلافا بينهم أنه يجوز للمرتهن أن يسـتوفى دينه مما فى يـده و إن لم يكن وصـيا عن الراهن على البيع إن علم و إن ظن بل و إن خاف جحود الوارث للـدين أو للرهانه و كانت التركه قاصـره مع اعترافه بالرهن و لم تكن عنده بينه مقبوله، و فى الرياض «قد صرح به

الأصحاب من غير خلاف يعرف». بل عن شرح الإرشاد «الإجماع على أن للمرتهن الاستيفاء من الرهن و إن لم يكن وكيلا فى البيع، أو انفسخت وكالته بموت الراهن، إن خاف جحود الراهن، أو الورثه للحق، و لم يمكن إثباته عند الحاكم، لعدم البينه، أو غيره من العوارض» و عن مجمع البرهان «الإجماع أيضا إن لم تكن له بينه مقبوله أو لم يمكن إثباته عند الحاكم».

و الأصل فى ذلك- مضافا إلى الحرج، و الضرر، و ما دل على المقاصه، و فائده الرهن و غير ذلك-

مكاتبه المروزى [(۱)](#)لأبى الحسن عليه السلام «فى رجل مات و له ورثه، فجاء رجل فادعى عليه مالا، و أن عنده رهنا، فكتب عليه السلام إن كان له على الميت مال، و لا بينه له، فليأخذ ماله مما فى يده، و يرد الباقى على ورثته، و متى أقر بما عنده، أخذ به و طولب بالبينه على دعواه، و أوفى حقه بعد اليمين، و متى لم يقم البينه و الورثه ينكرون، فله عليهم يمين علم، يحلفون بالله ما يعلمون له على ميتهم حقا»

و المناقشه فى سندها بعد الانجبار بما سمعت لا وجه لها.

كما أن منها يعلم الوجه فيما ذكره المصنف بقوله أما لو اعترف بالرهن، و ادعى دينا، لم يحكم له، و كلف البينه و له إحلاف الوارث إن ادعى عليه العلم بل لم يشترط فى الخبر دعوى العلم، بل ظاهره توجه اليمين عليهم بمجرد الدعوى بالدين، و إن كان يمينهم على نفى العلم، لأنه لنفى فعل الغير و على كل حال فالخبر ظاهر فى الحكم المزبور، و شموله لصوره عدم خوف الجحود غير قادح، بعد معلوميه عدم ارادتها، لوجوب الاقتصار فيما خالف أصل عدم جواز التصرف فى مال الغير بغير اذنه على المتيقن.

و منه يعلم الوجه فى اعتبار عدم البينه كما ذكرناه، و نص عليه فى الخبر، وفاقا لجماعه، و إن أطلق المصنف بل و غيره، بل عن مجمع

البرهان التصريح بأنه لا يشترط عدم البينه، و لا عدم إمكان الإثبات عند الحاكم، بل قال: و «الروايه غير صريحه بالاشتراط، و إنما فيها إشعار يمكن أن يكون قد خرج مخرج الغالب»

---

۱- ۱ الوسائل الباب ۲۰ من أبواب أحكام الرهن الحديث- ۱.

و إن كان فيه ما لا يخفى بعد ما عرفت الذى منه يعلم ضعف ما عن بعضهم من إلحاق الحاجه إلى اليمين بخوف الجحود، و لذا نفى الاعتماد عنه فى المسالك و غيرها.

بل لولا- ظهور إلغاء الخصوصيه و لو بضميمه ما سمعته من الإجماع من شرح الإرشاد لأمكن التوقف فى إلحاق خوف جحود الراهن، لما عرفت من عدم كون الحكم على القاعده، ضروره أنه ليس من المقاصه المشروطه بامتناع من عليه الحق، و لا يكفى فيها الخوف، إلا أنه لا مناص عن الحاقه بعد الإجماع المزبور، المعتضد بتصريح جماعه، و بظهور عدم الخصوصيه للوارث، بل لا- بأس بإلحاق خوف عدم قبول البينه أو جرحها أو نحو ذلك و على كل حال فالمعتبر فى الجواز الخوف، لا طلاق الخبر المزبور، و ما فى القواعد من اعتبار العلم لا يخلو من نظر، كاعتبار غيره الظن و الله أعلم.

و لو وطئ المرتهن الأمه مكرها لها على ذلك من غير إذن الراهن كان عليه عشر قيمتها أو نصف العشر، و قيل: عليه مهر أمثالها، و لو طاوعته، لم يكن عليه شى ء كما تقدم تحقيق ذلك كله و تحقيق أرش البكاره فى بيع الحيوان فلاحظ و تأمل، إذا المسأله من واد واحد و لا- خصوصيه للمرتهن عن غيره، هذا. و قد عرفت فيما تقدم صحه اشتراط وضع الرهن ابتداء و استدامه أو استدامه خاصه على يد عدل فصاعدا مطلقا، أو معين، أو غيرهما مطلقا أو معين، و إن لم يكن عدلا أو نحو ذلك من الشرائط السائغه التى تلزم بعموم

«المؤمنون»

و «أَوْفُوا» من غير خلاف أجده فيه بيننا، بل عن التذكره نسبه اشتراط وضع الرهن على يد عدل إلى علمائنا، بل عن الخلاف دعوى الإجماع عليه صريحا، بل قال: منا و من جميع الفقهاء إلا ابن أبى ليلى.

نعم فى القواعد «يشترط فيه كونه ممن يجوز توكيله، و هو الجائز التصرف و إن كان كافرا، أو فاسقا، أو مكاتبا لكن بجعل، لا صبيا و لا عبدا إلا بإذن مولاه» و لعله لأنه وكيل عن المرتهن نائبا عنه فى القبض، كما عن التذكره، و إن كان قد يناقش فيه بمنع الوكاله، ثم إذا كان المشترط من الوضع استدامته التى لا مدخليه لها فى

صحه الرهن، و لا لزومه، بل و فى الابتداء بناء على أنه كذلك فلا بأس حينئذ بتراضيهما على وضعه فى يد صبى، خصوصا إذا كان مأمونا رشيدا، و كان اعتبار الجعل فى المكاتب لحجر التصرف عليه فى منافعه بغير الاكتساب، بل اعتبر بعضهم فيه كونه بأجره المثل فصاعدا.

نعم ينبغى تقييده بما إذا لم يأذن مولاه، و إلا فلا يعتبر الجعل، لأن الحق لهما، فلا بأس إذا أسقطاه، و الظاهر عدم اعتبار تعيين الموضوع عنده فى صحه الشرط لعموم الدليل، و عدم إفضاء جهالته هنا إلى الجهاله فيما يشترط عدمها فى صحته، كالبيع و الإجاره، فإن اتفقا حينئذ عليه فلا بأس، و الا قطع نزاعهما الحاكم بالتعيين كما إذا لم يشترطا، و ليس لأحدهما و لا للحاكم عزله من دون داع بعد تعيينه فى العقد أو الاتفاق عليه بعد اشتراط كليه فيه، الذى يكون بالاتفاق كمشترط الخصوصيه.

نعم لو كان الشرط العدل فخرج عن العداله فطلب أحدهما نقله أجيب إليه، فإن اتفقا على غيره، و إلا وضعه الحاكم عند ثقه، و كذا لو تغير حاله بمرض، أو كبر أو نحوهما بحيث لا يقدر على الحفظ معه، بل و كذا لو حدثت له عداوه دنيويه مع أحدهما و إن لم يخرج بها عن العداله، إذ لا يؤمن أن يرتكب بعض الحيل التى يترتب عليها الضرر، و لذا لم يأمن العدو عدوه، فهو حينئذ غير مراد من الشرط، كما أنهما إذا اتفقا على عزله جاز أيضا، و إن لم يتغير حاله، لأن الحق لهما، و لو اختلفا فى التغيير عمل الحاكم على ما يظهر له بعد البحث، و لو مات العدل نقلاه إلى من يتفقان عليه، فان اختلفا نقله الحاكم، و لو كان الوضع على يد عدل بالاتفاق من دون الشرط فأراد أحدهما عزله دون الآخر رجع الأمر إلى الحاكم فى إقراره أو نقله، هذا كله مع القول بعدم استحقاق المرتهن استدامه القبض حال الإطلاق، و إلا اتجه قبض المرتهن له فى بعض هذه الأحوال و الله العالم.

و كيف كان ف إذا وضعاه على يد عدل مثلا فللعدل المتطوع رده عليهما قطعا لعدم لزوم ذلك عليه، أو تسليمه إلى من يرتضيانه لما

عرفت من أن الحق لهما و لا يجوز له تسليمه مع وجودهما و عدم معلوميه امتناعهما إلى الحاكم الذى لا ولايه له عليهما فى هذا الحال، للأصل و غيره و لا إلى أمين غير الحاكم و غيرهما من غير إذنهما لعدم جواز الإيداع للودعى من غير إذن و حينئذ ف لو سلمه إلى من لا يجوز تسليمه ضمن هو و من تسلمه، و إن كان له الرجوع على العدل مع الغرور.

و فى القواعد «لو لم يمتنعا من القبض فدفعه إلى عدل بغير إذنهما ضمن، و لو أذن له الحاكم ضمن أيضا، لانتفاء ولايته عن غير الممتنع، و يضمن القابض» لكن ينبغى تقييد ضمان الحاكم إذا كان مرادا من الضمير بما إذا كان عامدا، و الا كان من الخطأ فتأمل، فإنه قد يمنع ضمان الحاكم ابتداء، و إن رجع عليه، قال فى جامع المقاصد: أى ضمن الدافع و إن اغتر بإذن الحاكم، لكن فى هذه الحاله يرجع على الحاكم إن تعمد، و إلا فهو من خطأ الحاكم» انتهى و إن كان لا يخلو من بحث فى الجمله و الله العالم.

و كذا يضمن العدل لو سلمه إلى أحدهما من دون إذن الآخر، هو، و من تسلمه حتى لو كان الراهن على معنى أنه لو تلف فى يده تعلق الرهن بقيمته أو مثله، و ما عن الأردبيلى- من جواز تسليمه إلى الراهن، لأنه مالك و لاستصحاب جواز تسلمه- غريب، ضروره عدم اقتضائهما ذلك، بعد تعلق حق المرتهن الذى هو أولى منه فى ذلك، و لذا قيل: إنه لو احتمل جواز التسليم إليه كان له وجه، و إن كان فيه أنه لو سلم اقتضاء إطلاق الرهانه التسليم إلى المرتهن، إلا أن مفروض المقام اشتراط و ضعه على يد عدل، الظاهر فى عدم ذلك.

نعم لو كان وضعه على يده اتفاقا منهما من غير شرط اتجه ذلك، بناء على الاقتضاء المزبور، لكن الذى يظهر من ثانى الشهيدين فى المسالك عدم اقتضاء عقد الرهانه مع الإطلاق ذلك، بل يظهر منه انه مفروغ منه، و هو إن لم يكن إجماعيا محل نظر، و قد ذكرنا فى مبحث القبض ما يستفاد منه عدم الإجماع، و ما يستفاد منه استحقاق المرتهن الوضع عنده، إلا أن يشترط خلافه فلاحظ و تأمل.

و لو استترا عن قبضه من العدل بعد أن طلب منهما أقبضه الحاكم الذى هو ولى الممتنع و لو كانا غائبين و أراد تسليمه إلى الحاكم، أو عدل آخر من غير ضروره، لم يجز و يضمن لو سلم هو و من تسلمه و كذا لو كان أحدهما غائبا لوجوب الصبر عليه إلى الحضور من الغيبه التى لا تقصير معها، و الأصل عدم ولايه الحاكم فى مثل ذلك، و إطلاق ولايته عن الغائب فى بعض المقامات إنما يراد منه مع الحاجه و المصلحه و نحوهما، لا نحو ذلك، ضروره عدم جواز استيلاء الحاكم على أموال الغائبين بمجرد غيبتهم، بل فى المسالك «أن من القواعد المقرره فى بابها أن الودعى ليس له دفع الوديعه إلى الحاكم مع إمكان المالك، و لا مع غيبته إلا مع الضروره» و ما نحن فيه من ذلك، و به بان الفرق بين ولايه المالك و الحاكم.

نعم إن كان هناك عذر كسفر و مرض و نحوهما سلمه إلى الحاكم أو من يأذن له، لثبوت ولايته حينئذ و من هنا لو دفعه إلى غيره حينئذ من غير إذن الحاكم ضمن و لو كان ثقه، أما لو تعذر الحاكم و افتقر إلى الإيداع أودع من ثقه و أشهد و لا ضمان، و الظاهر جواز دفعه من أحدهما فى هذا الحال إذا كان ثقه، بل لعله أولى، لكن فى القواعد «لو امتنعا لم يضمن بالدفع إلى العدل مع الحاجه و تعذر الحاكم، فإن امتنع أحدهما فدفعه إلى الآخر ضمن، و الفرق أن العدل يقبض لهما، و الآخر يقبض لنفسه» و فيه أن العداله تنفى ذلك فتأمل و الله أعلم.

و لو وضعاه على يد عدلين (۱۱) جاز إجماعا، محكيا عن التذكره إن لم يكن محصلا، لكن لم ينفرد به أحدهما (۱۲) عن الآخر و لو أذن له الآخر (۱۳) إذا كانا قد صرحا لهما بإراده الاجتماع، أو أطلقا، بناء على انصرافه إلى ذلك، باعتبار ظهور اختيار الاثنين فى عدم الإكتفاء بحفظ أحدهما، نعم لو حصلت قرينه على عدم إراده الاجتماع كان لأحدهما الانفراد بحفظه، كما أن له تسليمه إليهما من دون إذن الآخر فى حالى اعتبار الاجتماع و عدمه، ضروره كون المراد الاجتماع فى الحفظ، و إلا فالمال لهما، فإذا أرادا تسليمه وجب فورا على كل منهما، فما عن بعضهم- من

عدم جواز تسليم أحدهما مع اعتبار الاجتماع إلا بإذن الأخر- واضح الفساد.

و كيف كان فلو سلم أحد العدلين إلى الآخر ضمن كل منهما الكل، لحصول سببه من كل منهما بالتفريط من الدافع، و التعدى باستقلال اليد من المتسلم، فللمالك الرجوع على كل منهما، الواجب عليه حفظه جميعه، منضما مع الآخر، و التساوى فى ثبوت سبب الضمان مع اتحاد العوض المضمون، لا يقتضى التقسيط، بعد أن كان كل منهما سببا، فهو كالأيدى المتعاقبه المعلوم عدم التقسيط فيها، و إن تساوت فى ذلك و اتحد العوض، و دعوى أنهما بمنزله أمين واحد، ممنوعه، ضروره إن كل واحد أمين مستقل على الجميع، غايه ما فى الباب أنه قد شرط عليه انضمام الآخر اليه، فما عساه يظهر من الفاضل من الميل إلى التنصيف، فيه ما لا يخفى.

و الظاهر أن قرار الضمان على من ضمنه المالك منهما، لو تلف بآفه سماويه، إن لم يثبت إجماع على قاعده «قرار الضمان على من تلف فى يده المال» كما عساه يظهر منهم فى باب الغصب. لكن فى المقام حكى عن فخر المحققين و ابن المتوج أن الأصح استقراره على من ضمنه المالك، و احتمله فى المسالك، و استشكل فيه فى القواعد، و هو يومى إلى عدم الإجماع المزبور بحيث يشمل المقام، و حينئذ يتجه ما قلناه ضروره عدم الدليل على رجوعه على الآخر بعد أن كان رجوع المالك عليه بحق، و لم يكن منه غرور له.

و دعوى- أن المتعدى أقوى من المفرط فيساوى المباشر حينئذ، كما أن الثانى يساوى السبب، فيكون أولى فى قرار الضمان- لا ترجع إلى محصل يعتمد عليه شرعا.

و أضعف منها التعليل بأن الضمان و إثبات اليد وجوديان، و تارك الحفظ عدمى و سببيه الوجودى للوجودى أقوى و أولى من سببيه العدمى، و بأن اليد العاديه سبب بسببيه التضمين بالتسليم، مع كونها عله تامه فى التضمين، فكانت أقوى و أولى مع أن مقتضى ذلك خصوصا الأولين عدم جواز رجوع المالك على الدافع أصلا، لا أن القرار خاصه على المتسلم، كما أن مقتضى تعليل رجوع المالك على الدافع بأنه

مضیع بتسلیمه و المتسلم حافظ قد عمل بمقتضی الاستیمان، عدم جواز الرجوع علی المتسلم أصلا، فضلا عن کون القرار علی الدافع، و الجمیع کما تری خصوصا بعد جزم من تعرض لهذا الفرع بجواز رجوع المالک علی من شاء منهما، و إنما الکلام فی قرار الضمان.

فالتحقیق فیه أنه علی من ضمنه المالک إن لم یثبت الإجماع المزبور، فتأمل.

فإن المقام ربما حصل فیه خبط من بعضهم، لکن ستسمع فی کتاب الغصب ما یقتضی جریان قولهم قرار الضمان علی من تلف المال فی یده، علی القواعد الشامله للمقام، إن لم یکن هو من موضوع ما ذکروه فی کتاب الغصب، و حینئذ یتجه القرار علی الآخر الذی تلف المال فی یده دون العکس، فلاحظ و تأمل و الله أعلم.

و لو باع المرتهن الرهن حیث یجوز له ذلک أو العدل و دفع الثمن إلی المرتهن وفاء أو وثیقه إذا کان له ذلک ثم ظهر فیه أی المبیع عیب لم یکن للمشتری الرجوع علی المرتهن الذی قبض الثمن المملوک للراهن، وفاء أو وثیقه، إذا الفسخ بالعیب إنما هو من حینه بلا خلاف أجده بین من تعرض له.

لکن قد یشکل- إذا کان وثیقه، بأن رهانته فرع رهانه المبیع و الفرض رده بالعیب، فترد وصف الرهانه معه، فتبطل بإبدالهما، لعدم اجتماع البدل و المبدل منه.

- و یدفع أولا: بمنع فرعیه رهانیته علیه، ضروره عدم انتقاله رهنا، بل لا بد من استحقاق رهن الثمن من سبب جدید، من اشتراط و نحوه، فضلا عن الارتهان الجدید.

و ثانیا: بعد التسلیم بمنع اقتضاء الرد بالعیب، رجوع وصف الرهانه التی بطلت فی المبیع بالبیع، و انتقل إلی الثمن بمجرد دخوله فی ملک الراهن فلا یبطله الفسخ الطاری، لکن قد یقال: مقتضی ذلک أنه لو کان العیب بالثمن إما أن لا یکون للراهن الرد من دون إذن المرتهن، و إنما یتعین له الأرش، لتعلق وصف الرهانه به، فیکون کالتصرف المسقط له، أو أن له ذلک، و لا- تعود الرهانه، لعدم رجوعها

بالرد بالعيب، و كلاهما محل بحث، لعدم صدق التصرف على التعلق المزبور، حتى يتعين الأرش، كعدم عود الرهانه، إذ لا أقل من أن يكون الفسخ بالعيب كالإتلاف المقتضى تعلق الرهانه بالقيمه التى هى بدله.

و قد يقال فى الفرض أن له رد المبيع بالعيب فى الثمن من دون رد الثمن نفسه، باعتبار تعلق حق الرهانه به، المانع من رده، و إن لم يصدق عليه أنه تصرف منه، كى يتعين له الأرش فيرد حينئذ عوض الثمن. نحو ما احتمل فيما لو اشترى من ينعتق عليه فبان أنه معيب.

أما إذا رد الثمن بإذن المرتهن فلا إشكال فى عود الرهانه فى المبيع، بناء على ظهور إذنه فى عود المبيع رهنا، و حينئذ لم يثبت إجماع على عدم فسخ الرهانه فى الثمن برد المشترى المبيع، كان فيه نوع تأمل بناء على اقتضاء أدله الفسخ رجوع كل ملك إلى صاحبه.

لكن قد يقال: بتعارض أدله الفسخ مع ما دل على لزوم الرهن من الاستصحاب و غيره، و ترجيحها عليه محل منع، بل العكس هو المتجه، كما فى نظائره و لعله لذا لم يتوقف أحد من الأصحاب فى بقاء الرهانه لو رد المشترى المبيع، و لا بأس بالتزام تعين الأرش فيما فرضنا نحن من حصول العيب بالثمن، و تسمع فى الإذن فى بيع الرهن زياده تحقيق لذلك، فلا محيص عنه خصوصا بعد اتفاق الأصحاب ظاهرا عليه. نعم قد يتجه عود المبيع رهنا فيما لو فرض كون البيع لحفظ الرهن، باعتبار عروض فساد له قبل الأجل، فإن رهن الثمن حينئذ يثبت كون المبيع رهنا، فمع فرض الفسخ المزبور يعود المبيع على ما كان عليه من وصف الرهانه، تحقيقا لمعنى البدليه كما هو واضح بأدنى تأمل. و الله العالم.

و كذا ليس له الرجوع على العدل مع العلم بوكالته حال البيع، أو حال الإقباض للثمن، أو بعدهما، أما إذا أنكر العلم بذلك و لا بينه، استحق الرجوع عليه إن اعترف بالعيب، أو قامت به بينه، و يرجع هو على الراهن إن اعترف بالعيب، أو

كـان ثابتـا بـالبينه، فـإن أنكره و لاـ بينه و كان قـد اعترف به العـدل، فالقول قول الراهن كما فى ظاهر جامع المقاصـد، و صـريح المحكى عن التحرير لأنه منكر، و وكاله العدل عنه لا تقتضى تصديقه فى إقراره، و إن أنكر العدل العيب على المشترى الذى لم يعترف بوكالته، كان القول قوله بيمينه، فإن نكل فحلف المشترى رجع على العدل و لا يرجع العدل على الراهن، لاعترافه بالظلم، و لكن يأخذ المبيع مقاصه، فإن زاد دسه فى مال المشترى، و إلا قاصه من غيره مع الإمكان، هذا كله فى العيب.

أما لو اسـتحق الرهن لغصب و نحوه استعاد المشترى الثمن منه أى المرتهن، بل و من العدل مع بقاء عينه فى يده، بل من كل من كـان عيـن مـاله فى يـده، من غير فرق بين الراهن و العـدل و المرتهن، و لـو تعـذر عليه المرتهن أو العـدل كـان له الرجـوع على الراهن، و إن لم يكن فى يـده فعلا، لأنه البائع حقيقه، و قبض العـدل أو المرتهن إنما كان عنه، و لو تعذر عليه الراهن لم يكن له الرجوع على العدل بعد فرض كون المال فى يد غيره، فعلا، و إن استولت عليه سابقا، إذا كان عالما بوكالته حال البيع، و لم يكن العـدل عالما باسـتحقاق المبيع، لأنه حينئـذ قد اشتراه منه على أنه نائب عن غيره، و أن يده يد غيره، فقبضه للثمن قبض للراهن، و إنما هو واسطه، كناقد الثمن للمشترى عند إراده دفعه إلى البائع، و بعلمه بوكالته كأنه قد أذن له فى تسليمه إلى غيره.

و تخيله صحه الوكاله ليس تقييدا للإذن، بل هو داع، فلا يشمله حينئذ

عموم «على اليد»

بل الظاهر أن الحكم كـذلك لو لم يكن عالما بوكالته حال البيع، و لكنه علمها حال الدفع، لاتحاد المدرك، و إن كان قد يظهر من جامع المقاصد عدم تأثير العلم فى غير حال البيع. نعم لو علمها بعد البيع و الدفع أمكن حينئذ القول بجواز الرجوع عليه، لعدم الإذن، و قد سلمه الثمن بعنوان كونه مضمونا عليه بالبيع، فلم يسلم له، فيشمله

عموم «على اليد»

و الوكاله قد تبين فسادها فى الواقع، فيرجع عليه، و هو يرجع على من غره.

و لو تعذر عليه العدل و الراهن كان له الرجوع على المرتهن مع استيلاء يده عليه، و ان لم يكن هو فيها حال الرجوع،

لعموم «على اليد»

و يرجع هو على من غره. نعم لو كـان قـد دفعه المشـترى إليه مع العلم بـأنه وكيـل عن الراهن، و أن يـده يـده، أو اشتراه منه على ذلك، فقـد يقال: بعدم الرجوع عليه، لما سـمعته فى العدل، إلا أن كلامهم فى التلف ينافيه، فإنه قد صـرح الشـيخ فى مبسوطه، و الفاضل، و الشهيدان، و يحيى بن سعيد، و المحقق الثانى، فيما لو تلف فى يد العدل أو المرتهن بأنه لا يرجع على العدل مع العلم بوكـالته، كمـا فى كـل وكيـل فى بيع مـال غيره، فـإن المشترى يرجع على الموكـل لاـ الوكيـل، خلافا للمحكى عن أبى حنيفه و خلاف الشـيخ من الرجوع على الوكيل، و هو يرجع على الموكل، و لا شاهد له، بل الشواهد على خلافه، إلا فى الصوره السابقه، و صـرح بعض هؤلاـء و غيره بـالرجوع على المرتهن، و مقتضـاه الفرق بينه و بين العـداله كمـا هو ظاهر جماعه، لكنه غير واضـح الوجه.

اللهم إلاـ أن يقال: إن المرتهن و إن كان وكيلا عن الراهن فى القبض، لكن له يـد من حيث الرهانه، فلعل الرجوع عليه من هـذه الحيثيه، و به يتم الفرق بينه و بين العدل.

لكن فيه منع اسـتقلال يـد له، إذ لا يـد للمرتهن من حيث الرهانه على الرهن، فليس هو فى يده إلا وديعه، و إن كان تعلق به حق الرهـانه الـذى لاـ يتوقف على كونه فى يـد المرتهن فتأمل جيـدا فإن المقام بعـد لا يخلو من بحث فيما لو تلف فى يـد العـدل أو المرتهن، فـإنه قـد يمنع الرجوع على المالـك الراهن، مع عـدم استيلاـء يـده عليه، و ظهور فسـاد الوكـاله. نعم للمرتهن و العـدل الرجوع عليه حـال الغرور خـاصه، كمـا أنه يمكن القول بالرجوع على العـدل و المرتهن حتى مع العلم بالوكاله حال البيع، لعموم (۱)

«على اليد»

و ظهور فساد الوكاله، فيكون من مسأله تعاقب الأيدى فتأمل جيدا.

و على كـل حـال فلاـ إشـكال فى رجـوع المرتهـن على الراهـن، إذا لم يكن عالمـا بالاسـتحقاق، لكن فى المسالـك هـل يغرمه المرتهن، أو يرجع على الرهن نظر، و مقتضى قواعد

---

۱- ۱ سنن البيهقى ج ۶ ص ۹۰.

الغصب رجوعه مع جهله، و علم الراهن بالاستحقاق، لغروره، و الكلام آت فيما لو تلف الرهن فى يد المرتهن، ثم ظهر مستحقا. و فيه أنه لا ينبغى التوقف فى ذلك، إذ حكمه حكم الغصب قطعا، بل الظاهر عدم اعتبار علم الراهن بالاستحقاق، لتحقق الغرور بفعله، و إن كان جاهلا كما هو واضح فى نظائر المسأله فلاحظ و تأمل.

و إذا مات المرتهن، كان للراهن الامتناع من تسليمه إلى الوارث و إن كان وضعه فى يد المرتهن بشرط فى عقد، ضروره رجوعه إلى

اشتراط الاستيداع الذى ينفسخ بموت الودعى. نعم لو قلنا إن الوضع فى يد المرتهن من توابع حق الرهانه أمكن حينئذ القول بانتقاله إلى الوارث حينئذ بانتقال حق الرهانه إليه، إلا أن الذى يظهر من بعضهم بل هو صريح المسالك هنا عدم اقتضاء الرهانه ذلك.

فلو أطلقها لم يستحق المرتهن استدامه الوضع عنده، بل يتفقان هو و الراهن على من يضعانه عنده، و إن اختلفا، قطع اختلافهما الحاكم بالوضع على يد عدل و نحوه، و إن لم يثبت إجماع عليه كان للنظر فيه مجال، و إن لم يكن استدامه القبض من شرائط صحه الرهانه، أو لزومها، إلا أن ظاهر أدله الرهن خصوصا الآيه استحقاق استدامه القبض عنده، بل هو معنى الاستيثاق، إلا أن يشترط عليه وضعه على غير يده، كما أومأنا إليه فى بحث القبض، بل لعل ما تقدم منهم آنفا من تضمين المرتهن دون العدل مبنى على أن قبض المرتهن ليس بالوكاله عن الراهن، بل قبضه من حيث حق الرهانه، فيصح حينئذ الرجوع عليه، بخلاف العدل الذى هو وكيل قطعا، فتأمل جيدا، و على الأول فمن الواضح أن له الامتناع كما أن لورثته الامتناع من بقائه فى يد المرتهن لو مات.

و حينئذ فإن اتفقا على أمين، و إلا سلمه الحاكم إلى من يرتضيه و كذا لو خان العدل الموضوع عنده نقله الحاكم إلى أمين غيره: إن اختلف المرتهن و المالك فطلب أحدهما نقله منه، و إلا بقى عنده، لأن الحق لهما، فإذا رضيا بإبقائه لم يكن لأحد الاعتراض عليهما، و لو كان المرتهن اثنين و لم يأذن لكل منهما بالانفراد فمات أحدهما، ضم الحاكم إلى الأخر عدلا للحفظ، إلا إذا رضى الراهن

بالبقاء فی ید الباقی منفردا إلی غیر ذلک مما یعرف مما هنا، و ما قدمناه سابقا فلا حاجه إلی الإطناب.

و لو تلف العبـد مثلا فی یـد المشتری ثم بان مسـتحقا قبل أداء الثمن أو بعده، رجع المالک علی من شاء من الغاصب و العدل و المرتهن القابض و المشتری،

لعموم «علی الید»

و لکن یسـتقر الضـمان علی المشتری مع علمه، لأـن التلف فی یـده التی هی یـد ضـمان، أما مع الجهل ففی القواعـد «أنه یسـتقر الضـمان علی الغاصب» و هو لا یخلو من إشکال إن أراد به ما یشمل مقدار الثمن الذی قد أقدم علی بذله و لم یدخل علیه ضرر بظهور کون المالک غیر البائع بالنسبه إلیه.

نعم هو متجه فی الزائـد علیه، لقاعـده الغرور، مع أنه ربمـا قیل بالعـدم فیه أیضا، لإقـدامه علی کون العین مضـمونه فی یـده، کما تقدم تحقیق ذلک و غیره فی محله، فإن ما هنا أحد جزئیاته، و لا خصوصیه له فلاحظ و تأمل.

و لو ادعی العـدل دفع الثمن إلی المرتهن، قبل قوله فی حق الراهن إذا کان وکیلا عنه فی ذلک، لکن فی القواعد «علی إشکال» و لعله للأصـل و لاـ ریب فی ضـعفه، نعم لا یقبل فی حق المرتهن، لأنه وکیله فی الحفظ خاصه، فلا یقبل فی غیره، کما لو وکل رجلا فی قضاء دین، فادعی تسـلیمه إلی صاحب الدین، و فی القواعد «یحتمل قبوله علی المرتهن فی إسـقاط الضمان عن نفسه، لاـ عن غیره»، فعلی هـذا لـو حلـف العـدل سـقط الضـمان عنه، و لم یثبت علی المرتهن أنه قبضه، و علی الأـول یحلف المرتهن، فیرجـع علی من شـاء، فـإن رجع علی العـدل لم یرجع العـدل علی الراهن، لاـعترافه بـالظلم، و إن رجع علی الراهن لم یرجع علی العدل إن کان دفعه بحضرته، أو ببینه غابت أو ماتت، لعدم التفریط فی القضاء حینئذ و إلا رجع.

و فی القواعـد «علی إشـکال منشـأه التفریـط و کونه أمینـا له الیمین علیه، إن کـذبه» و فیه مـا لا یخفی، فتأمل جیـدا، و لو غصـب المرتهن الرهن من ید العدل ثم أعاده إلیه زال الضـمان عنه، لأنه قد أداه إلی من یده ید المالک، و هو واضح کوضوح غیره من الفروع التی ذکرها فی القواعد و أطنب فیها شراحها تبعا لها، مع أن جمله

منها لا تخص المقام كما أومأنا إلى بعضها فيما تقدم و الله أعلم.

## [الفصل السادس فى اللواحق و فيه مقاصد]

### اشاره

الفصل السادس من الفصول التى استدعاها كتاب الرهن فى اللواحق و فيه مقاصد

### [المقصد الأول فى أحكام متعلقه بالراهن ]

الأول:

فى أحكام متعلقه بالراهن: لا يجوز له أى الراهن التصرف فى الرهن باستخدام و لا سكنى و لا إجاره و لا بيع و لا غير ذلك من التصرفات الناقل للعين، أو المنفعه أو المستوفى لها بلا خلاف أجده فيه. كما فى الرياض، بل و لا شك فيه كما عن غايه المرام، بل فى السرائر، و المفاتيح، الإجماع على أن ليس لأحدهما التصرف مستثنيا الأخير منهما ما يعود نفعه إليه، و عن الخلاف «الإجماع على أنه ليس له أن يكرى داره المرهونه أو يسكنها غيره» و عن المبسوط «ليس له استخدام العبد و ركوب الدابه، و زراعه الأرض، و سكنى الدار، إن ذلك كله غير جائز عندنا، و يجوز عند المخالفين» و فى المحكى عنهما معا «الإجماع على أنه لا يجوز له وطى الأمه المرهونه» و عن الجواهر «لا خلاف فيه» و فى كشف الرموز «إن العمل منعقد على خلاف الروايه الداله على الجواز» و فى النافع و الدروس «متروكه» و فى التنقيح و محكى إيضاح النافع «هجرها الأصحاب» إلى غير ذلك من كلمات الأصحاب الصريحه فى الإجماع المزبور، و الظاهره فيه، و المشعره به، بل لا بأس بدعوى تحصيل الإجماع، مضافا إلى النبوى الذى استدل به غير واحد من الأصحاب بل عن إيضاح النافع «أنه مشهور النقل» بل عن صريح التنقيح أو ظاهره الاعتماد عليه (۱)

«الراهن و المرتهن ممنوعان من التصرف»

و إلى ما يمكن استفادته من مفهوم الرهن الذى قد عرفت أنه الحبس الذى به يتم معنى الاستيثاق الذى استفاضت به النصوص، و إليه أومى فى الدروس فى تعليله المنع، بأن الغرض من الرهن الوثيقه، و لا وثيقه مع تسلط المالك على البيع و الوطى أو غيره من المنافع الموجبه للنقص أو الإتلاف.

كما أن إليه يرجع ما فى التذكره و المسالك من أنه لما كان الرهن وثيقه لدين

---

۱- ۱ المستدرک ج- ۲ ص ۴۹۶.

المرتهن إما فی عینه أو بـدله لم یتم الوثیقه إلا بالحجر علی الراهن، و قطع سـلطنته لیتحرک إلی الأداء، و فی الأخیر «فمن ثم منع الراهن من التصـرف فی الرهن، سواء أزال الملک کالبیع أم المنفعه کالإجاره، أم انتقص المرهون و قلل الرغبه فیه کالتزویج، أم زاحم المرتهن فی مقصوده، کـالرهن لغیره، أم أوجب انتفاعـا و إن لم یضـر بـالرهن، کالاسـتخدام و السـکنی إلی غیر ذلک من تعلیلاتهم التی مرجعها إلی ما ذکرناه.

لکن و مع ذلک کله قد وسوس بعض متأخری المتأخرین فی بعض أفراد التصرف، خصوصا ما تضمنه

حسن الحلبی (۱)«سألت أبا عبد الله علیه السلام عن رجل رهن جاریه عند قوم أ یحل له أن یطأها قال: إن الذین ارتهنوها یحیلون بینه

و بینها، قلت: أرایت إن قدر علیها خالیا قال: نعم لا أری هذا علیه حراما»

و صحیح محمد بن مسلم (۲)الذی هو مثله، و کذا مالا ضـرر فیه علی المرتهن من التصرف کتقبیل الجاریه و الاستخدام، و لبس الثوب و مسکن الدار و رکوب الدابه و نحو ذلک إذا کان بحیث لا ضرر فیه بنقص للمرهون و نحوه.

لاـ یخفی علیـک مـا فیه، بعـد ما عرفت، بل هو کأنه اجتهاد فی مقابله النص و الخبران و إن صـح سـندهما إلا أنک قـد سـمعت دعوی هجرهمـا و ترکهمـا، من غیر واحـد من الأصـحاب علی وجه یلحقهمـا بالشـاذ الـذی قـد أمرنـا بالإعراض عنه، مضافا إلی موافقتهما للعامه التی جعل الله الرشد فی خلافها، بل لعل فی عدم ملائمه قوله:

«إن الـذین ارتهنوها» إلی آخره للسؤال عن الجواز إیماء إلی ذلک، بل یمکن حملهما علی إراده عدم الحرمه الموجبه لحد الزنا، و علی غیره مما لا بأس به فی نحو المقام، فالحکم حینئذ من الواضحات.

بل قد یظهر من بعض الأفاضل التأمل فی جواز ما فیه نفع للرهن من التصرف کمداواه المریض، و لو بما لا خطر علیه فیه، و رعی الحیوان و تأبیر النخل، و خفض الجاریه، و

ختن العبد، و الفصد، و الحجامه، و نحو ذلک، و إن صرح به الفاضل،

---

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۱۱- من أبواب الرهن الحدیث- ۲.

۲- ۲ الوسائل- الباب- ۱۱- من أبواب الرهن الحدیث- ۱.

و الشهيدان و غيرهم من المتأخرين، بل عن المبسوط التصريح بعدم المنع من الثلاثه الأخيره أيضا لإطلاق دليل المنع، و دعوى حصول الإذن فى ذلک خروج عن المبحث.

لکن فيه أن مقتضى الأصول الجواز، و لا يعارضها الإطلاق المزبور، بعد الشک فى إراده ذلک منه، خصوصا بعد فتوى الجماعه به، بل لعل المنساق منه غيره، بل لا ينبغى التأمل فى سقى الأشجار و رعى الدواب و علفها و نحو ذلک، مما يکون سببا لحفظ المال، بل قد يشک فى إراده مطلق التصرف منه، و إن لم يتضمن انتفاعا بحيث يکون کمال الغير الذى يحرم لمسه و حمله و نحوهما.

نعم عن السرائر لا يجوز ضرب الجاريه للتأديب، کما أن فى القواعد و غيره منعه من قطع السلع، و لعل المراد ما لا يؤمن السلامه معه منهما، و إلا کان محلا للنظر.

بل فى المحکى عن الخلاف، إذا زوج الراهن عبده المرهون أو جاريته المرهونه کان تزويجه صحيحا کالمحکى عن المبسوط إلا أنه قال: لا يسلم إلى الزوجه إلا بعد الفک، و فى الدروس و هو قريب، و فى المختلف بعد أن جعل المعتمد عدم الجواز، قال: لو قيل:

له العقد دون التمکين و التسليم، کان وجها.

قلت: هو کذلک لا- لإطلاق قوله تعالى «وَ أَنْكِحُوا الْأَيامى » إلى آخره- المتعارض بما سمعت مما هو مقيد له، ضروره کون المراد من إطلاق الآيه الأمر بالنکاح من حيث هو نکاح، لا الشامل لما تعلق به حق الغير، و منه يظهر عدم کون المعارضه من وجه بحيث يحتاج إلى مرجح، و إلا لجرى فى غير النکاح من خصوص کل تصرف، و لا لأن محل الرهن غير محل التزويج، لما عرفت من المنع من الانتفاع بالرهن المستلزم للتصرف فيه- بل للشک فى إراده مثل هذا التصرف الذى لم يناف حق الرهانه بوجه، و لا فيه تصرف فعلا بالعين، و انتفاع بها، إذ الغرض عدم التسليم إلا بعد الفک.

و منه ينقدح حينئذ صحه تدبير العبد المرهون کما جزم به فى المختلف، خلافا للشيخ، لأنه وصيه لا تنفذ إلا بعد وفاء الدين، بل الظاهر جواز غير التدبير من الوصيه لذلک، کما يشهد له فى الجمله ما صرح به الفاضل و الکرکى فى المفلس الممنوع

من التصرف فی المال، إلا أنه غیر ممنوع منها لذلک، اللهم إلا أن یفرق بینهما، بتعلق حق الراهن فی خصوص العین المرهونه، بخلاف دین المفلس المتعلق بمقدار ما یقابله من الأعیان دون الزائد، فتنفذ الوصیه حینئذ بالموصی به حال الموت، مع فرض زیادته عن الدین، بخلاف الرهن فتأمل جیدا.

بل عن الشیخ جواز إنزاء الحیوان المرهون، و الإنزاء علیه، و لکن جزم بعدمه فی الدروس و هو الأولی، للإطلاق، کما أنه جزم بأنه لیس له غرس الأرض، لأنه ینقصها، بل قال: لیس له الزرع و إن لم ینقص الأرض، حسما للماده، و هو کذلک إذ هو کسکنی الدار أو إجارتها مده تنقضی قبل حلول الدین من غیر حصول نقص فی العین، ثم قال: فلو فعل قلعا عند الحاجه إلی البیع، و لو حمل السیل نوی مباحا فنبت، فلیس له إلزامه بإزالته قبل حلول الدین لعدم تعدیه، فلو احتیج إلی البیع قلع، إن التمسه المرتهن، و کأنه عرض بذلک إلی ما عن المبسوط «من أنه لو رهن أرضا بیضاء فسال إلیها نواه و نبت أو أنبت الراهن فیها نخلا أو شجرا لم یجبر الراهن علی إزالته» و فی المختلف «الوجه الوجوب، لتعلق حق المرتهن بأرض بیضاء».

قلت: قد یفرق بین ما کان من فعله، و عدمه، بالنسبه إلی إلزامه، و عدمه، بل قد یتأمل فی أصل جواز القطع للمرتهن، بل قد یقال: فی غرس الراهن أنه یلزم بالأجره رهنا، و إن کان الأقوی إلزامه بذلک، لاندراجه فی

قوله (۱)«لا حق لعرق ظالم».

و کیف کان فلو بادر الراهن إلی التصرف من غیر إذن المرتهن فإن کان بانتفاع منه، أو ممن سلطه و لو بعقد لم تتعقبه إجازه لم یصح، و فعل محرما، بل فی المسالک «إن قلنا أن النماء المتجدد یتبع الرهن، ثبت أجره المثل إن کان مما له أجره عاده و کانت رهنا، و إلا لم یلزمه شی ء عن مثله».

قلت: قد یقال بذلک علی الأول أیضا، بناء علی تخصیص النماء التابع فی الرهنیه بما یکون

یصح رهنها، کالصوف و الثمره و الشعر و نحوها، لا مثل ذلک الذی

---

۱- ۱ المستدرک ج ۳ ص ۱۴۹ لکن فیه و لیس لعرق ظالم حق.

هو معـدوم فی الحقیقه، و الأـجره عوض عن الانتفـاع الـذی لاـ یعقـل ارتهانه، و الإثم علی الراهن فی استیفائه، لا من حیث کونه رهنـا، بـل لاسـتلزامه التصـرف فی العین، و إلاـ فلو فرض إمکـان انتفاع من دون تصـرف فی العین، لم یبعـد القول بجوازه، و فی المسالـک قـد حکی عن الشیخ أنه أطلق لو أجره، فالأـجره له، و یمکن إرجـاعه إلی مـا ذکرنـا، و إن کـان فیه تکلف، کمـا أنه یمکن تأییده ب

قوله صلی الله علیه و آله (۱)«له غنمه، و علیه غرمه»

، فتأمل و إن کان التصرف مجرد عقد لم یکن إثما فی ذلک، لعدم النهی عن مثله فی الأجنبی فضلا عنه.

نعم لو باع أو وهب مثلا وقف علی إجازه المرتهن فإن حصلت حکم بصحته و إلا فلا، إذ هو إن لم یکن فضولیا فمثله فی ذلک، و من هنـا بنی الکرکی الکلاـم هنا فی کون الإجازه فیه کاشـفه أو ناقله علیه هناک، لکن فی حواشـی الشـهید علی القواعـد، فی شرح قول الفاضل فی مفروض المتن لم یکن باطلا، بل موقوفا، قال:

الفرق بین المراعاه و الموقوف، أن الأول یکون کاشفا عما هو صحیح فی نفس الأمر، و

الثـانی مـا یتوقف علیه الحکم بالصحه، فیکون جزء سبب، و ظاهره أنه قـد فهم منه الثانی هنا حیث عبر بالوقف کالمتن، فیکون حینئذ مخالفا للفضولی، بناء علی الکشف فیه من هذه الحیثیه.

و ربمـا یؤیـده أن الإجـازه من المرتهن الـذی هو غیر مالـک، لیست إلاـ علی معنی إسـقاط حق الرهانه التی له فسـخه، و هو غیر متصور فی الزمن السـابق الـذی تحقق فیه الحق أو مضـی، فإسـقاطه لاـ معنی له، بـل مختص بالزمن الحال، فلا تکون الإجازه فیه کاشـفه، و لعـل الفرق بینه و بین إجـازه المالـک تصور رضـی الثـانی آن دخول ملکه فی ملـک غیره فی الزمن السـابق، بخلاف الأول.

لکن فیه- مع أنه مخـالف لما یظهر منهم من أن الإجازه کإجازه الفضولی بل هو صـریح جامع المقاصـد، یمکن منع عـدم تصور ذلک، ضروره کون السقوط بعقد لبیع، فمع فرض إجازه المرتهن یترتب علیه أثره من حین وقوعه، و هو انتقال الملک

---

۱- ۱ المستدرک ج ۲ ص ۴۹۵.

المقتضى لسقوط الرهانه.

و دعوى- أن إجازه المرتهن ليست للعقد، لعدم كونه مالكا، و إنما له إسقاط حق رهانته، فيؤثر العقد حينئذ أثره لارتفاع المانع و المقتضى تام الاقتضاء.

يـدفعها ظهور كلمات الأصحاب بل هو صريح بعضـهم كالفاضل فى التحرير و ثانى الشـهيدين و غيرهم، فى أن للمرتهن اجازه العقـد، و له فسـخه، و أن الشارع قـد جعل له هـذه السـلطنه بارتهانه، لا أن المنع من التصـرف فيه شـرعى بحت بحيث لا مدخليه للمرتهن فى ذلك، و إنما له إسقاط حقه من الرهانه خاصه، و إلا لاقتضى ذلك عدم فسخ العقد له، ضروره عدم السلطنه له على ذلك، و أن الشارع قـد جعل الارتهان مانعا من نفوذ التصـرف، فمتى ارتفع هذا لمانع بإسـقاط من المرتهن أو بفك للرهن، كما ستعرف أثر المقتضى أثره، و ليس ذا من التعليق الممنوع، بل هو من قبيل اعتبار الشارع التقابض فى تأثير عقد الصرف، و القبض فى عقد الهبه، و القبض فى المجلس فى عقد السلم، مع أن كلامهم صريح فى خلافه، و أن له الرد كما أن له الإجازه.

و يرشـد إليه فى الجمله اعتبـار إذنه فى الانتفاع بالرهن على وجه لا تنتقل عينه كركوب الـدابه و سـكنى الـدار و نحوهما، مما لا يقتضـى الإـذن فيه إبطـال الرهـانه، مع أنها معتبره، و لا يجوز التصـرف بـدونهما، و هو يومى إلى أن له سـلطنه على ذلك لا أنها مخصوصه بإسـقاط حق الرهـانه، و إلاـ فـالمنع شـرعى، و إن كان لا يخلو من وجه بل ظاهرهم فى حجر المفلس ذلك، بناء على صحه تصـرفاته، و أنها تكون موقوفه، و إن لم يرض الغرماء بها، كما تسـمعه فى محله، اللهم إلا أن يفرق بين تعلق حق الرهانه و تعلق حق الغرماء بالتحجير، كما هو ظاهر الأصحاب فى المقام، إلا أنه لا يخلو من بحث.

و على كل حال فظهر من ذلك كله أن إجازته تكون على حسب اجازه المالك إنما هى للعقـد نفسه، فيؤثر حينئـذ أثره، و ليس هذا من إسقاط حق الرهانه أو لا و بالذات فى الزمن السابق، كى يقال: أنه غير متصور، بل هو من آثار العقد الذى

أجازه و من مقتضياته، فلا بأس حينئذ بدعوى الكشف هنا عن بطلان الرهانه فى الزمن السابق. بناء عليه فى الفضولى فتأمل جيدا، فإن المسأله غير محرره فى كلامهم.

نعم قد يشكل دعوى الكشف فى تعقب الفك للعقد الذى لم يرده المرتهن بناء على صحه العقد و لزومه بذلك كما جزم ثانى المحققين و الشهيدين، بل هو المحكى عن فخر المحققين، و الشهيد الأول فى حواشيه، و فى القواعد «لو افتك الرهن ففى لزوم العقود نظر» و مقتضاه المفروغيه من الصحه، و إنما الكلام فى اللزوم، و يمكن أن يريدها منه، و إن كان من لوازمها هنا اللزوم كما ستعرف.

و على كل حال فوجه الأول وجود المقتضى الذى هو العقد من المالك، و إنما كان له مانع من النفوذ، و هو حق المرتهن، و قد زال، فيؤثر المقتضى أثره من غير حاجه إلى تجدد رضا من المالك، لعدم تجدد شى ء له و إنما ذهب حق الارتهان، لا أنه انتقل إليه، و منه يعلم الفرق بينه و بين ما إذا باع مال غيره فضولا، ثم ورثه أو اشتراه وكيله، الذى قالوا فيه بالبطلان،- لعدم المقتضى للصحه- حال العقد، لعدم الإجازه من المالك، و عدم كون العاقد مالكا،- أو بالتوقف على إجازه المالك الجديد، لأنها أولى من تأثير إجازه الأول أو مساويه لها، ضروره عدم تأتى الوجهين فيما نحن فيه.

و يقرب من ذلك ما فى جامع المقاصد «من بيان وضوح الفرق بينهما بأن مال الغير غير مملوك للمتصرف، فالمقتضى للصحه منتف، لانحصاره فى وقت العقد بالمالك الذى لم يحصل منه إجازه، و مجرد الصيغه لا تعد مقتضيا، بخلاف ما نحن فيه فإن الملك منحصر فى الراهن، و المقتضى و هو العقد الصادر من أهله فى مملوك موجود غايه الأمر أن حق المرتهن مانع، فإذا انتفى عمل المقتضى عمله.

هذا كله مضافا إلى أنه لا سبيل إلى اعتبار إجازه المرتهن بعد انقطاع علاقته، و لا إلى بطلان تصرف الراهن المالك، إذ تصرفه قبل الانفكاك غير محكوم ببطلانه فكيف بعده الذى مقتضى إطلاق الأدله و عمومها صحته، خصوصا بعد لزوم العقد من

طرف الراهن، لانـدراجه فى عمـوم (۱)«الوفـاء بالعقود،» و لم يتجـدد إلا ما يؤكـد ذلك من ارتفاع المانع فيسـتمر حينئـذ خطاب الوفاء له.

و دعوى- أن شـرط الصـحه فى العقـد الواقع حـال الرهانه إذن المرتهن، و قـد فاتت بفك الرهانه الـذى لا وجه بعـده، لمراعاتها فيتعين البطلان حينئذ لفوات الشرط بل هو أولى بذلك من بيع مال الغير فضولا ثم انتقل إلى

البائع، كدعوى أن الصـحه من الفك إن كانت على الكشف، اقتضـى نفوذ التصـرف فى الرهن- و هو رهن، ضروره عدم سقوط الرهانه قبله، و إن كانت على النقل، اقتضى ذلك تعليق أثر العقد الظاهر فى السببيه حين وقوعه، هذا. مضافا إلى استصحاب حال العقد قبل الفك من عدم التأثير- يدفعها وضوح عدم دليل يدل على اشتراط إذن المرتهن فى الصـحه، إذ ليس فى الأدله إلا منع الراهن و المرتهن من التصـرف على معنى النفوذ، لا العقـد الذى ليس هو تصـرفا قطعا، و إنما تثبت الصـحه بإذن المرتهن باعتبار دوران الحق عليهمـا، فمع رضاهمـا تتعين الصـحه، و هـذا أعم من الشـرطيه المزبوره قطعـا و منه ظهر الفرق بينه و بين المثال كما أوضحناه سابقا.

كما يـدفع الثانيه احتمال أن يقال: أنه لا بأس بالكشف، و التزام عـدم قدح الرهانه التى يتعقبها الفك، و الفاضل فى القواعد فيما لـو أتلف الرهن متلف و انتقـل الرهـانه إلى القيمه قـال: «فـإن عفى الراهن فالأـقرب أخـذ المـال فى الحـال: أى من الجـانى لحق المرتهن، فـإن انفـك ظهر صـحه العفو، و إلا فلا»، و لا وجه له إلا ما ذكرنا ضـروره اقتضاء ذلك نفوذ العفو فيه، و هو رهن، فلا محيص عن التزام عدم قدح الرهانه المتعقبه بالفك فى تأثير السبب أثره.

و لعله إليه يرجع ما عن فخر المحققين من الاسـتدلال عليه- بعد كونه جمعا بين الحقين- بأنه لا مانع إلا حق المرتهن، فإذا انفك انتفى المانع، ثم بين وجه قول والده «ظهر صحه العفو» بأن الأمور العدميه لا توصف بأنها موقوفه، بل تكون

---

۱- ۱ سوره المائده الآيه- ۱.

مراعاه، و ما يـدل على صـحتها كاشف، و الكاشف هو دليل على سـبق العله المؤثره التامه و أما الموقوف عليه فهو من تمام العله أعنى عله الصحه.

لكن ضـعفه فى جـامع المقاصـد، بـأنه لم يتحقق ثبوت حق للجانى إلى الآن ليجمع بينه و بين حق المرتهن، و مانعيه حق المرتهن من صـحه العفو تقتضـى بطلانه وقت إنشائه، فكيف تنكشف بعـد صـحته فى حال وجود المانع، إلى أن قال: العفو إما أن يكون سببا تاما، أولا، فإن كان الأول لزم إما تأثيره مع وجود المانع، أو بطلانه، و إن كان الثانى لزم كونه موقوفا.

و فيه أنه يمكن أن يريـد ما ذكرنا من عـدم مانعيه الرهانه التى يتعقبها الفك الـذى هو طريق لمعرفه كونها كـذلك، و إلا فالعفو سبب تام فى التأثير فتأمل جيدا فإنه لا يتم فى نحو العتق و الوقف و نحوهما مما لا يمكن التزام كونه حرا مرهونا أو وقفا كذلك، مضافا إلى مـا فى دعوى رهنيه ملـك الغير فى المثال السابق من دون اشتراط عليه، و الرهن السابق كان متعلقا به من حيث كونه ملكـا للبائع، لا مع انتقاله عنه بالبيع كما هو واضـح، و قـد يـدفعها أنه لا بأس بالتزام النقل تحقيقا للمانعيه بل لعله الأقوى، و ليس هذا من التعليق الممنوع قطعا، ضروره كون التعليق من العاقد، لا الشرعى كما هو واضح.

و من الغريب التمسـك بالاستصـحاب بعـد تغير الموضوع، و خروج العين عن الرهانه إلى الطلق، فلا وجه لجعل ذلك وجه النظر فى اللزوم فى عباره القواعد.

و من ذلك كله يعلم الحال فى العتق الـذى يتعقبه الفك، وفاقا لما عن أكثر المتأخرين من النفوذ، خلافا للشـهيد فى الـدروس و غيره، فلا ينفـذ، لأنه لا يقع معلقا، و فيه منع إن أراد به ما يشـمل الشـرط الشـرعى الـذى منه عـدم المانع، مع أنه قـد يـدعى عدم التعليق، بناء على التقرير الذى ذكرناه سابقا، و مثله لو أعتق المحجور عليه، لسفه أو فلس فزال الحجر.

لكن فى التذكره عن الشـيخ البطلان فى الأخير، و جعله أقوى ثم حكى القول ببقائه موقوفا، و نفى البأس عنه، و يمكن أن يكون مختاره فى المقام البطلان، لأنه

هنا جعله كالحجر بالفلس، و قد سمعت أن الأقوى البطلان عنده فيه.

و فى التحرير فى المقام فى نفوذ العتق لو فك إشكال، و احتمال أن المنع فى العتق لاعتبار نيه القربه فيه التى لا- تقبل التعليق يدفعه بعد تسليم اعتبارها فيه منع منافاه حصولها بإيجاد سببه فيما يتوقف على ارتفاع مانع شرعى أو شرط كذلك.

و من ذلك يعلم الحال فى الوقف، و إن قلنا باعتبار النيه فيه، و كونه كالإيقاع فى عدم الحاجه إلى القبول، اللهم إلا أن يدعى فيها مطلقا أو فى خصوص العتق منها بظهور أدلتها فى عدم كونها موقوفه، و لو على شرط شرعى، و لذا بنى العتق منها على التغليب، و قد يأتى إنشاء الله التعرض لتحقيق ذلك فى أبوابها.

ثم إن الظاهر سقوط حق المرتهن فيما لو أذن بالمسقط ابتداء يكون بوقوعه، من حيث أنه مناف لحق الرهانه، لا بمجرد الإذن، للأصل و غيره، فله الرجوع فيها حينئذ قبل التصرف بعد علم المأذون و قبله، بل و بعد إيقاع الصيغه منه قبل الإقباض فى مثل الهبه التى يتوقف الملك بها عليه.

لكن فى القواعد، الإشكال فيه، و لعله لأن الإذن فى المسقط يدل على الرضا بالسقوط، و لأن التصرف الناقل لا يجامع الرهن، فلا بد من الحكم بالسقوط قبله.

و فيه أن المنافى للرهن هو المقتضى للسقوط، لا الرضا به، و لا مانع من حصول السقوط بتمام سبب النقل، و إن أبيت فليقدر لتصحيحه، كما فى نظائره قبله، بآن ما لا بالإذن نعم لو حصل النقل عن الراهن سقط، و لو كان له الخيار للمجلس أو غيره فسخ خياره أولا، لحصول السقوط بمجرد الانتقال، و لا دليل على عوده بالفسخ الذى هو منه حينه، كالإقاله.

و لو رجع المرتهن بإذنه قبل التصرف، إلا أنه لم يعلم الراهن بذلك إلا بعده، أمكن القول بالفساد، كما عن المبسوط الجزم به، لبطلان مقتضى الصحه فى الواقع، و خروج الوكيل على ذلك لو رجع الموكل، و لما يعلم إلا بعد التصرف، لدليل مخصوص لا يقاس عليه، و دعوى ان الفرض من الوكاله واضحه الفساد.

نعم لو انعكس الفرض بأن أذن الراهن للمرتهن فى البيع، و رجع كذلك أمكن

القول بعدم البطلان، لانه من الوكاله كما هو واضح، و لو كان قد باع أى المرتهن بخيار مثلا ففسخه الراهن لأن له ذلك قطعا لم تعد الرهانه، للأصل السالم، لكن عن المبسوط أنه إذا اشترى المرتهن عينا من الراهن بدينه، أنه يصح و يبطل الرهن، فإن تلفت العين قبل القبض عاد الدين و الرهن، و لعله بناء على أن التلف قبل القبض فاسخ من الأصل، لا من الحين، و إلا كان عود الرهانه بعد سقوطها ببراءه ذمه الراهن محلا للنظر و إن كان لا يخلو من وجه، و أولى منه بالنظر قوله فيه أيضا «و كذا لو أقبضه ثم تقايلا عاد الدين و الرهن، كالعصير يصير خمرا ثم يعود خلا» و تعرف إنشاء الله فيما يأتى الفرق بين المقامين.

و لو باع الراهن فطلب المرتهن الشفعه، فالظاهر أنه إجازه، ضروره توقف صحتها على بيع صحيح، و هو فرع رضى المرتهن، فحمل طلبه حينئذ على الوجه الصحيح المعتبر يستلزم ذلك، اللهم إلا أن يعلم غفلته عن الرهانه، فلا يدل الطلب حينئذ على الإسقاط مع إمكان دعوى كون الطلب إجازه قهرا، لا دالا على الرضا الذى تحصل به الإجازه، نحو ما سمعته فى التصرف المسقط لحق الخيار.

و أما دعوى- أن الشفعه كالفسخ فى إزاله الملك لا يتوقف على إسقاط حق الارتهان- واضحه الفساد، ضروره أن الشفعه من المرتهن إزاله ملك عن المشترى بعد ثبوته و نقله إليه بخلاف الفسخ فيه الذى يرجع إلى عدم إجازه البيع، فظهر من ذلك أنه لا محيص عن القول بلزوم الطلب للإجازه، و الظاهر عدم بطلان الشفعه معه، لعدم التلازم بين الرضا باللزوم من حيث الرهانه، و بينه من حيث الشفعه، فيسقط و تصح الشفعه كما لو صرح بذلك.

لكن فى القواعد «و لو باع الراهن فطلب المرتهن الشفعه، ففى كونه إجازه إشكال. فإن قلنا به فلا شفعه» و هو غريب، خصوصا بعد قوله متصلا بذلك «و لو أسقط حق الرهانه فله الشفعه إن قلنا بلزوم العقد» بعد الإغضاء عما فى قوله إن قلنا بلزوم العقد مما لا محصل له معتد به، كما أنه لا محصل للمحكى عن ولده فى توجيه العباره، فلاحظ و تأمل و الله أعلم.

و کیف کان فقد ظهر لک من ذلک کله أنه لا إشکال عندنا فی صحه العتق من الراهن مع تعقب الإجازه من المرتهن و إن قال المصنف فیه تردد مما ذکرنا و من أن العتق لا یقع معلقا لاعتبار نیه القربه فیه، أو لغیر ذلک مما سمعت.

إلا أنه لا ریب فی کون الوجه الجواز لما قد مر مفصلا خلافا لما عن المبسوط، و المراسم و الوسیله، و الغنیه، بل و الدروس: بناء علی عدم الفرق بین ما صرح به من الفک و بین الإجازه، خصوصا مع کون المنع من بعضهم، بناء منه علی عدم جواز الفضولی فیندر الخلاف حینئذ فی خصوص المقام، بل یمکن کون مراد الجمیع مع عدم تعقب الإجازه فلا یکون خلاف حینئذ فیه أصلا، و أما احتمال عدم الجواز فیه- و إن قلنا بالفضولی فی غیره، لعدم عموم فی العتق یشمل مثل ذلک، بخلاف غیره من العقود- فهو فی غایه الضعف من وجوه، خصوصا فی دعوی عدم العموم، فإن

«من أعتق»(۱)

و نحوه کاف فیه، بل لعل العکس أولی من ذلک، فیقال بالصحه حینئذ هنا، و ان منعنا الفضولی فی غیره، لکون المعتق المالک، و تعلق حق المرتهن مانع، فمتی زال بإجازه أو فک عمل المقتضی عمله، کما أوضحناه سابقا فی الفک الذی لا ریب فی أن الإجازه أولی منه بالصحه کما عرفت فلاحظ و تأمل.

و إلیه یرجع ما فی المسالک هنا حیث قال: «منشأ التردد فی الصحه من کون العتق إیقاعا، فلا یکون موقوفا لاعتبار التنجز فیه، و من أن المانع حق المرتهن، و قد زال بإجازته، و هو أقوی، و نمنع منافاه التوقف المذکور للتنجز، کغیره من العقود التی یشترط فیها ذلک أیضا، فإن التوقف المذکور الممنوع هو توقف المقتضی علی شرط، لا علی زوال مانع» و علی هذا لو لم یبطله المرتهن إلی أن افتک الرهن لزم، إذ مراده الشرط الذی یکون من العاقد لا الشرط الشرعی الذی منه عدم المانع، و منه الرضا المعلوم کونه

شرطا فی العقود و التقابض فی عقد الصرف و غیر ذلک و الله أعلم، هذا کله فی الراهن.

---

۱- ۱ الوسائل الباب- ۱- من أبواب العتق.

و كذا لا يجوز للمرتهن التصرف فى الرهن بانتفاع و نحوه، لحرمه التصرف فى مال الغير، و لا يمضى تصرفه فيه بعقد و نحوه إلا بـإذن الراهن، إذ هو فضولى فيجرى عليه حكمه كمـا هو واضـح، مع أنه قـد تقـدم شـطر صالـح من الكلاـم فيه آنفـا فى الفصـل الخامس فلاحظ.

و لكن ينبغى أن يعلم ان فى عتقه مع إجـازه الراهن ترددا بـل فى المتن و الـوجه المنع لعـدم الملـك مـا لم يسـبق الإـذن وفـاقا للقواعـد، و محكى التحرير، و الإرشـاد، و الـدروس، و اللمعـه، و غـايه المراد، و التنقيـح، و شــرح الإرشـاد للفخر، و الروضـه، و المسالـك، بل فى الأخير «إن كثيرا من الأصـحاب لم يتوقف فى الحكم، لان المرتهن غير مالك، و لا عتق إلا فى ملك، فيكون كـالفضولى لاـ يصـحح عتقه الإجـازه» بـل عن سـابقه أن العتق يقع باطلا قطعا ما لم تسـبق الإذن، إذ لا عتق إلا فى ملك، بل عن سابقهما قد اتفق الكل على إضمار الصحه فى

قوله عليه السلام «لا عتق إلا فى ملك».

قلت: لعله كـذلك فيما إذا كان العتق من المرتهن، للخبر المزبور الذى لا يشـكل بأن مقتضاه البطلان، و إن سـبق الإذن، ضـروره عدم حصول الملك للمرتهن معها، لاندفاعه بما يأتى إنشاء الله فى باب العتق من أن المأذون و المأمور بعتق عبده عن غيره يصح عتقه، و ينتقل إلى ملك الآمر و المأذون له قبل إيقاع الصيغه آنا ما، و التزام نحوه فى الاذن اللاحقه- على معنى حصول الكشف بهـا عن دخوله فى ملكه آنـا مـا قبـل العتق، كما لو وهبه من نفسه فضولا ثم أعتقه فأجاز المالك الهبه فإنه ينكشف حينئـذ وقوع العتق فى الملـك- غير جـائز بـدون دليل عليه ضـروره مخالفه مثل ذلك للضوابط الشـرعيه التى ينبغى الاقتصار فى الخروج عنها على المتيقن، و ليس فى غير الإذن السابقه و لو بمعونه كلام الأصحاب.

أما إذا كان العتق عن الراهن أو مطلقا، فالمتجه- بناء على الفضولى و أنه على القاعـده- الجواز حتى على القول باعتبار نيه القربه فيه، بناء على شمول دليل الفضولى لمثل ذلك، كدفع الزكاه و الخمس و نحوهما عن الغير، فيجيز من عليه الحق، إلا

أن الانصاف عدم خلو جميع ذلک کله من الإشکال، خصوصا مع ملاحظه کلام الأصحاب.

نعم لو سبق اذن الراهن للمرتهن فی العتق مطلقا أو عن الراهن، لم یکن إشکال فی الصحه» لأن المرتهن حینئذ وکیل عن المالک، بل فی المسالک «لو حملت عباره المتن علی ذلک کان أولی، و استرحنا من ذلک الإشکال المتوقف زواله علی أمور خفیه».

قلت: لکن مقتضاه حینئذ ما استوجه المصنف فیه المنع من عتق المرتهن عن الراهن مع الإجازه. و قد عرفت ما فیه من الإشکال، مضافا إلی عدم انطباق التعلیل، و أن الأقوی الجواز فیه، بناء علی شمول دلیل الفضولی لمثل ذلک، و ان قلنا باعتبار نیه القربه التی یکفی فی إیجادها مشروعیه الفضولی، مثل التوکیل و التبرع.

و مرجع الجمیع إما إلی مشروعیه إیجاد صوره الفعل العبادی عن الغیر- علی وجه یسقط التکلیف عنه، لا أن المراد توجه أمر إلی الفاعل النائب بقصد امتثاله، کما فی الأصل، ضروره عدمه فی الوکیل مثلا فضلا عن غیره، حتی الإجاره التی یؤمر بأدائها بعد تمام العقد من حیث کونه وفاء بالعقد لا أمر عباده- أو إلی أن الغیر مأمور بإیقاع الصلاه عن الغیر و لو ندبا، علی نحو أمر الولد بالقضاء عن والده، فتکون نیه القربه فیه حینئذ باعتبار کونه مأمورا بذلک، بل هو معنی المشروعیه تبرعا، أو وکاله.

و جواز أخذ الأجره علیه- مع أنه عباده محضه للأجیر کالنافله- للدلیل الوارد فی الحج و غیره، و لعله باعتبار تضمنه وصول منفعه للغیر خصوصا إسقاط ما فی ذمته و کان هذا أقوی من الأول سیما بعد معلومیه کون صلاه النیابه صنفا من العباده بل هی نوع مقابل للعباده الأصلیه نعم قد یفرق بین التوکیل و غیره و الله اعلم و الکلام فی الوقف یعرف مما قدمناه سابقا و ذکرناه لا حقا فلاحظ و تأمل.

و کیف کان ف لو وطئ الراهن بإذن أو بدونها فأحبلها، صارت أم ولده شرعا بلا خلاف بل فی التذکره نسبه إلی مذهبنا مشعرا بالإجماع علیه، و لا ینافی ذلک ما تسمعه من جواز بیعها عند جماعه من الأصحاب، لعدم انحصار حکمها فی عدم جواز البیع، إذ قد لاتباع فتعتق من نصیب ولدها مثلا.

و كـذا لاـ خلاـف فى أنه لاـ يبطـل الرهن المستصـحب بـذلك، و إن كان بإذن بل فى المسالك لا شـبهه فيه، بل ظاهر قوله فى التـذكره- عنـدنا- الإجماع عليه، و علله فى جامع المقاصـد بان الرهن بعـد تمامه و لزومه، إنما يبطل بمنافيه، و الإحبال و إن وقع بالإـذن غير مناف و إن صارت أم ولـد، إذ لا يمتنع بيعها إذا تعلق بها حق المرتهن سابقا على الاستيلاد، إما مطلقا أو مع الإعسار، و مع الإيسار يجب بذل القيمه، لتكون رهنا، و ذلك أثر بقاء الرهانه لا محاله، فلا منافاه حينئذ»، بل فى المسالك:

«لا تخرج به عنه و إن منعنا من بيعها، لإمكان موت الولد، فإنه مانع، فإذا زال عمل السبب السابق عمله».

قلت: قـد يقـال: بالبطلاـن إن لم ينعقـد إجماع على خلافه، بناء على منع البيع مطلقا أو مع اليسار، لما عرفت سابقا من أنه يشترط فى صحه الرهن كونه مما يباع حتى يتم الاستيثاق به، بدعوى ظهور كون ذلك شرطا فى الابتداء و الاستدامه، كما هو الأصل فى الشـرائط، خصوصا فى المقام الـذى هـذا الشـرط فيه كأنه من مقومات الرهانه، و بـذل القيمه على القول بالمنع مع اليسار إنما هو لبطلان الرهانه فى العين لا لبقائها فيها، حتى تكون ذلك من آثارها.

و من هنـا أورد فى جامع المقاصـد على هـذا القائل بأن الرهانه إن بقيت فهى متعلقه بالعين، و إلا فلا تعلق لها بالقيمه، و إن كان قـد يدفع بالتزام الثانى، و التعلق بالقيمه لكونه السـبب فى إتلاف الرهن، حتى لو أذن له بالوطى الذى لم يسـتلزم الإحبال، فالإذن فيه ليس إذنا بالإتلاف، حتى يتوجه إليه عدم اسـتحقاق القيمه رهنا باذنه، و لعل هذا القائل كسابقه يلتزم عدم عودها رهنا بموت الولد، أو انكشاف عدم بطلان رهانتها الذى حكم به ظاهرا لاستصحاب بقاء الولد أو غيره.

و كيف كان ف هل تباع؟ قيل: لا ما دام الولـد حيا ترجيحا لدليل منع بيع أمهات الأولاد الظاهر فى قوه الاستيلاد، بحيث يضاهى العتق، بـل ربما كان أقوى، لأنه ينفـذ فيما لا ينفـذ هو فيه، كاستيلاد المجنون و المحجور عليه، و لأن استيلاد المريض يكون من الأصل، بخلاف عتقه، بناء على أن منجزاته من الثلث،

لكن لم نعرف القائل به قبل المصنف، بل و لا- بعده، غير الفاضل فى التحرير، و ثانى الشهيدين، فى ظاهر الروضه. نعم عن الشهيد فى غايه المراد حكايته عن المبسوط، و فى جامع المقاصد «الظاهر أنه وهم» و حكى عنه الجواز مطلقا.

و قيل و القائل الشيخ كما عرفت و الحلى، و الفاضل، فى المختلف، و الكركى و الشهيدان فى اللمعه، و المسالك : نعم يجوز مطلقا للأصل و لأن حق المرتهن أسبق و لأولويه أو مساواه بيعها فى الدين المتعلق بها، للبيع فى ثمن رقبتها، و بذلك كله و غيره يرجح دليل بيع الرهن على دليل منع بيع أمهات الأولاد، و لو سلم التعارض مع عدم الترجيح فالأصل جواز البيع، و قيل و القائل الشيخ فى الخلاف و ابن زهره، و الفاضل فى التذكره، و الشهيد فى الحواشى، على ما حكى عنهم: تباع مع إعسار الراهن و تبذل قيمتها رهنا، جمعا بين الحقين مع يساره، بل فى الغنيه الإجماع عليه، و كان وجهه بعد كونه جمعا بين الدليلين مساواته فى الأول لثمن رقبتها، بخلاف الثانى، لكن فى السرائر أنه مخالف لأصول المذهب.

و قيل: و القائل الشهيد فى بعض حواشيه: يجوز بيعها مع وطئه بغير اذنه، و لا يجوز مع الوطى بالاذن، و مال إليه بعض مشايخنا، لموافقته للأصول و الاعتبار إن لم يكن خرقا للإجماع و لا ريب أن الثانى لا الأول و لا الأخيرين أشبه بأصول المذهب، خصوصا إذا كان الوطى بغير الإذن، لما عرفت من ترجيح دليل الرهن بما سمعت، الذى منه الشهره، بل قد عرفت أن الأصل يقتضى الجواز بعد الإغضاء عن الترجيح.

و خصوصا بعد اعتراف المصنف بل الجميع بأنه لو وطئها الراهن بإذن المرتهن لم تخرج عن الرهن بالوطء كالإذن فى غيره من الانتفاعات التى لا تستلزم بطلان الرهانه فى العين، و إن أذن له فى نقلها إلى غيره بعقد، فضلا عن استيفائها بنفسه، أو بغيره، بل قد عرفت جزم الأصحاب بعدم خروجها بذلك عنه، و ان ترتب عليه الإحبال، حتى على القول بعدم جواز البيع، هذا.

و فى الدروس فى تحرير أصل المسأله: قال: «و فى بيعها أو وجوب إقامه بدلها

تردد، من سبق حق المرتهن، و عموم النهی عن بیعها، فیقام بدلها أو یتوقع قضاء الدین أو موت ولدها، و لو کانت مرهونه فی ثمن رقبتها، فبیعها أوجه».

و فیه أنه لا إشکال فیه مع الإعسار، و مع الیسار من المسأله، کما أن القائل بعدم جواز بیعها لا یوجب إقامه بدلها، بل لیس له إلا توقع قضاء الدین أو موت الولد، بناء علی أنها باقیه رهنا کما عرفت. و الأمر سهل.

و علی کل حال فلأحد علی المالک، و إن کان بغیر إذن، و إنما یعزر، و ولده حر، و لا یغرم قیمته رهنا، و إن قلنا بتبعیه النماء، کما أنه لیس علیه عوض الوطی کذلک. نعم لا یبعد وجوب أرش البکاره علیه رهنا إذا کان بغیر إذن، لأنه عوض جزء أتلفه و کذا تفاوت قیمتها لو کان بالوطی و الإحبال أو الولاده، بل لو ماتت بالطلق وجب بذل قیمتها رهنا، کما فی القواعد، و غیرها، و کذا لو وطئ أمه غیره لشبهه، فضلا عن غیرها، فماتت بالطلق بخلاف زوجته المأذون فی وطئها و المزنی بها، الحره المختاره التی لا تدخل تحت الید بالاستیلاد الذی هو إثبات ید فی الأمه.

و أما المکرهه الحره ففی جامع المقاصد «یضمنها لو ماتت بالطلق، کما صرح به فی التذکره، لأنه أحدث سبب هلاکها فیها علی کره، فیضمن دیتها التی تجب علی العاقله» و فیه ما لا یخفی، بل لا یخلو السابق أیضا من نظر، و الأقوی القیمه عند التلف لا الإحبال، و لا الأعلی منه إلی یوم التلف هذا کله فی وطی الراهن.

أما المرتهن فکا لأجنبی فی الأحکام المتقدمه فی بیع الحیوان، لکن عن الشیخ فی المبسوط هنا إذا وطئها بإذن الراهن فإن لم یدع الجهاله بتحریم ذلک فهو زنا، و الخلاف «إذا وطئ الجاریه المرهونه بإذن الراهن مع العلم بتحریم ذلک لم یجب علیه المهر» و مثله عن الغنیه نافیا للخلاف فیه، و الظاهر إرادتهم عدم الإکتفاء بمطلق الإذن بل لا بد من عقد التحلیل، إلا أنه لا وجه لنفی المهر عنه، و حکی عنه فی الدروس أنه قال لو أذن له الراهن فلا مهر علیه، و لا قیمه للولد، ثم قال: و هو بعید إلا أن یحمل علی التحلیل، لکن کلام الشیخ ینفیه، و هو کذلک کما سمعت، بل

المتجه على ما سمعت من كلامه كون الولد رقا رهنا، بناء على التبعيه، لا أنه يبذل قيمته رهنا أيضا، و من الغريب ما يحكى عنهما أيضا و عن التحرير من أنها تصير أم ولد له، لو اشتراها بعد ذلک، مع أن الظاهر من الأدله اعتبار التولد من وطى المالک فی ذلک.

و کیف کان ف لو أذن المرتهن له أی الراهن فی بیع الرهن جاریه کان أو غیرها قبل حلول أجل الدین فباع بطل الرهن فیه بلا خلاف و لا إشکال و لا یجب جعل الثمن رهنا إذا لم یشترطه بلا خلاف أیضا بیننا إلا ما تسمعه من الشیخ فی بعض أفراده للأصل السالم عن المعارض بعد بطلان الرهانه فی المبیع بالإذن التی تعقبها البیع، اللهم إلا أن یدعی کون المراد الإذن فی بیعه مرهونا علی معنی کون الثمن مقابلا له فی الملک و حق الرهانه، فتنتقل الرهانه حینئذ إلی الثمن قهرا، لکن ظاهر الأصحاب فی المقام سقوط حق الرهانه، لعدم تعقل بقائها فی المبیع حتی تقابل بالثمن، و أنه فرق بین البیع و التلف، و علیه و إن کان فیه نوع تأمل، یتجه حینئذ لهم ما سمعت.

و منه یعلم ان السقوط بالبیع، لا بالأذن فیه، فله حینئذ الرجوع بها قبل البیع لعدم بطلان حقه بذلک، و لو ادعی بالرجوع حلف الراهن إن ادعی علمه، و لو صدقه علی الرجوع و ادعی کونه بعد البیع، و قال المرتهن: قبله، فإن اتفقا علی تعیین وقت أحدهما و اختلفا فی الآخر حلف مدعی التأخیر عن ذلک الوقت لأنه منکر بناء علی أصاله تأخر مجهول التاریخ عن معلومه، و إن أطلقا الدعوی أو عینا وقتا واحدا حلف المرتهن، لتکافؤ الدعویین، فیتساقطان، و یبقی استصحاب الرهن سلیما عن المعارض فتأمل جیدا.

أما إذا کان البیع المأذون فیه بعد حلول الحق أو کان الحق حالا من أصله فمقتضی إطلاق المصنف و غیره کونه کالأول، بل فی المسالک أنه المشهور لما عرفت، لکن عن المبسوط لو أذن له فی البیع بعد محل الحق فباع صح البیع، و کان ثمنه مکانه حتی یقضی منه، أو من غیره، و اختاره فی التحریر، بل و الدروس معللا له بأنه

قضيه عقد الرهن.

لكنه كما ترى، كدعوى انصراف الإذن فى هذا الحال إلى اشتراط كونه رهنا باعتبار كونه محل البيع، بخلاف ما قبل الأجل بعد الإغضاء عن لزوم مثل هذا الشرط لو صرح به فى الإجازه، أو الأذن السابقه، و إن كان لا خلاف فيه على الظاهر بيننا، بل فى التذكره صح عندنا مشعرا بالإجماع عليه، كقوله فى المسالك قطعا محتجين عليه

بعموم «المؤمنون»

و فى الدروس «أنه قريب من نقل الوثيقه إلى عين اخرى».

لكن قد يقال: إنه ليس فى ضمن عقد حتى يلزم بلزومه، و نقل الوثيقه إنما يكون بفسخ من المرتهن للأولى، و إيجاب للرهن فى الثانيه، على أن ظاهره فى الدروس سابقا اختصاص النقل بالذى يخاف فساده «قال: لو اتفق المتراهنان على نقل الرهن عند الخوف من الفساد إلى عين أخرى احتمل الجواز لأن الحق لا يعدوهما و يجرى مجرى بيعه، و جعل ثمنه رهنا، و يحتمل المنع، لأن النقل لا يشعر بفسخ الأول، و يمتنع البدل مع بقاء الأول، فإن قلنا بجواز النقل هنا، فهل يجوز فى رهن قائم لم يعرض له نقص، وجهان قريبان و أولى بالمنع، لأن المعرض للفساد يجب بيعه، فهو فى حكم الفائت، و نقل الحق إلى بدل الفائت معهود، و لا فوات هنا».

و هو كما ترى ظاهره الميل إلى العدم فى غير ما يخاف فساده، فقرب الشرط منه غير مجد فى صحته و لزومه، على أن المتجه بناء على عدم مشروعيه نتائج العقود بالشرائط اعتبار رهانه جديده للثمن، و ظاهرهم خلافه، و الإكتفاء بصيرورته رهنا بذلك، و لعله مبنى على ما ستسمعه إنشاء الله.

و على كل حال فالحكم بلزوم الشرط هنا لا يخلو من إشكال، اللهم إلا أن يقال إن الشرط فى الإذن فى العقد كالشرط فى العقد فى اللزوم، بل قد ينحل هذا الشرط إلى كونه شرطا على البائع فى الإيجاب المعتبر رهناهما معا فى صحته، و منه حينئذ يعلم اللزوم لو اشترط تعجيل الحق فى الإذن كما صرح به غير واحد، بل

لا أجد فيه خلافا إلا من الشيخ، فلم يسقط الأجل بهذا الشرط، بل ظاهر الدروس حكايه كون الثمن رهنا عنده فى هذا الفرض، و فيه مالا- يخفى، و لو اختلفا فى اشتراط رهن الثمن ففى الدروس و جامع المقاصد، حلف الراهن، و لو اختلفا فى النيه لم يلتفت إلى المرتهن، لأن الاعتبار بما دل عليه اللفظ.

نعم قد يناقش فى الأول بأن القول قول المرتهن فى أصل الإذن، فكذا صفتها كما عن التذكره الجزم به فى خصوص الفرض، بل عن المبسوط لو قال: أذنت بشرط أن تعطينى حقى، فقال الراهن: بل مطلقا، فالقول قول المرتهن، لأن القول قوله فى أصل الإذن، فكذا فى صفته، و أجمل الفاضل فى القواعد فقال: «حلف المنكر» من غير بيان أنه الراهن أو المرتهن، و لعل التحقيق اختلاف التعبير فى الدعوى، و الأمر سهل و الله أعلم، هذا كله فى إذن المرتهن للراهن.

و أما لو انعكس الفرض بأن أذن الراهن للمرتهن فى البيع قبل الأجل ففى المتن و غيره بل لم يعرف نقل الخلاف فيه فضلا عن وقوعه لم يجز للمرتهن التصرف فى الثمن على معنى كونه رهنا عنده عوض المبيع، كما صرح به فى الروضه، بل ربما قيل أنه لا خلاف فيه سوى ما حكاه فى الجامع، بلفظ القيل من أنه لا يكون رهنا.

لكن فى الرياض سوى بين إذن الراهن و المرتهن فى بطلان الرهن، و عدم جعل الثمن رهنا، قال: «و لو باع المرتهن الرهن بدون إذن الراهن، وقف على الإجازه، و صح بعدها على الأشهر الأقوى من جواز الفضولى، و بطل الرهن، كما لو أذن ابتداء أو باع هو بإذن المرتهن مطلقا، لزوال متعلقه، و لا يجب جعل الثمن رهنا إلا مع اشتراطه».

بل ربما ظهر منه الميل إلى عدم صيروره القيمه فى التلف رهنا، لأنه قال متصلا بالكلام السابق: «قيل أما إذا أتلفه متلف إتلافا يقتضى العوض، كان العوض رهنا، لإمكان الاستيثاق به، و عدم خروجه عن العوض، لكنه تبطل وكاله المرتهن فى الحفظ و البيع إن كانت، لاختلاف الأغراض فى ذلك باختلاف الأموال» انتهى

و فى الفرق و تعليل قيام العوض مقام المتلف رهنا نظر، يظهر وجهه لمن تدبر.

قلت: قد عرفت اتفاق الأصحاب ظاهرا على كون الثمن رهنا فى صوره إذن الراهن، إلا ما حكاه فى الجامع بلفظ القيل و لا ريب فى ضعفه، و إن كان وجهه ما سمعت سابقا من اقتضاء البيع بطلان الرهانه السابقه، لعدم تعقل بقائها فى المبيع، بل و فى ثمنه إلا مع الشرط، و ليس هنا، إذ الفرص عدم وقوع غير الإذن من الراهن للمرتهن فى البيع و هو أعم من ذلك فيكون إذن الراهن كإذن المرتهن فى ذلك بعد فرض استناد البطلان إلى البيع المنافى للرهانه فى المبيع، و ليس ما يقتضى رهن غيره من شرط و نحوه، و هو مشترك بينهما.

لكن فيه أولا: أنه يتم بناء على أن الثمن للمبيع كعوض التالف تتعلق به الرهانه من حيث كونه عوض مرهون، إذ من الواضح حينئذ تماميه ما ذكره الأصحاب نعم هنا مقتضى ذلك كونه رهنا أيضا فى إذن المرتهن للراهن، لا العكس خاصه، و هم لا يقولون به إذا لم يشترط، اللهم إلا أن يدعى ظهور الإذن منه فى الإسقاط بالبيع مطلقا، أو فى خصوص البيع قبل الأجل، باعتبار عدم اقتضاء الرهن بيعه حينئذ و الشرط إنما هو لرفع الظهور المستفاد من الإذن، و إبقاء رهنيه الثمن على حسب اقتضاء تعلق الحق بالعين، أو بما يقوم مقامها، بخلاف المقام الذى لم يحصل منه إذن فى البيع، إذ الإذن من الراهن، و إنما حصل منه البيع، و هو لا يقتضى إسقاط حقه من الرهانه و ربما يؤيده عدم ذكرهم اعتبار القبض فى رهنيه الثمن المشترط، فضلا عن تجديد الإرهان.

و ثانيا أنه لو قلنا باقتضاء البيع سقوط الرهانه فى المبيع على وجه لا يقتضى رهانه الثمن، إلا باتفاق جديد منهما، لكن قد يقال: بظهور كون البائع المرتهن، و ان الإذن من الراهن له من حيث حق رهانته، لا أنها وكاله كوكاله الأجنبى فى إراده بقاء حق الارتهان الذى لا موضوع له بعد البيع، إلا فى الثمن فهو كاتفاقهما على ذلك بل مبنى العقد ظاهرا عليه حتى يصرح بخلافه، و هذا واضح بأدنى تأمل.

و من ذلـك كله يظهر لـك مـا فى الريـاض من النظر من وجوه، بـل و مـا فى الحـدائق فإنه قال: فيما لو أذن الراهن للمرتهن هل يكون الثمن رهنا فلا يجوز للراهن طلبه أم لا، إشـكال، و لم يحضرنى الآن تصريح أحد منهم بالحكم المذكور، و يمكن ترجيح العـدم، لأـن حق المرتهن إنما تعلق بالعين، فلا يتعـدى إلى الثمن إلا بـدليل، و ليس فليس إذ قـد عرفت التصـريح بـذلك، و أنه المراد من قولهم لاـ يجوز التصـرف فيه إلا بعـد الحلول بعـد التأمل، و قـد عرفت الوجه فى ذلك أيضا، فكلامه أيضا لا يخلو من نظر من وجوه.

كما أن قول المصـنف إلا بعـد حلوله لا يخلو من نظر أيضا، ضـروره اقتضائه جواز التصـرف فى الثمن بعد الحلول، و هو واضـح البطلاـن، إذ ليس الثمن إلاـ رهنـا، فيجرى فيه مـا يجرى فى الرهن من عـدم جـواز التصـرف فيه بعـد الحلول إلاـ بـإذن الراهن أو الحاكم أو المرتهن على التفصيل الذى ستسمعه.

بل و كذا قوله كغيره من الأصحاب و لو كان أى الإذن بالبيع بعد حلوله صح التصرف فيه، لا يخلو من نظر إذا لم تقترن بما يدل على الإذن فى الاستيفاء منه، و لو بمعاوضه جديـده، أو قبض كذلك، كمطالبه من المرتهن و نحوها، ضـروره عدم اقتضاء الإذن فى البيع ذلك، و من هنا شـرط بعضـهم جواز التصرف المزبور بالإذن فيه و فى الاستيفاء و هو جيد. بخلاف ما فى المسالك من تنزيل العباره على مساواه الثمن للحق جنسا و وصـفا، إذ هو مع عدم إشـعار فى عباره المصـنف و غيرها به غير تام، إذ التساوى لا يقتضـى الإـذن فى الاستيفاء، و التقاص القهرى فى نحوه إنما هو فى خصوص ما فى الـذمم، لا فى الرهن المساوى للحق كما هو واضح.

نعم لو فرض أن المرتهن قـد اشتراه بإذن من الراهن فى الذمه بمساوئ حقه جنسا و وصـفا، أمكن حينئذ دعوى التهاتر القهرى، و تنزيل العباره عليه كما ترى، و أضعف منه الاحتجاج لإطلاقها بما دل على المقاصه من خبر المروزى المتقدم سابقا

فی خوف جحود الوارث، و غیره الذی لا فرق فیه بین مجانس الحق و مخالفه، ضروره عدم جواز المقاصه قبل حصول شروطها من الامتناع و غیره، کما هو واضح، فالتحقیق مراعاه الضوابط إن لم یقم إجماع علی خلافها فی المقام، و دونه خرط القتاد و الله أعلم.

و کیف کان ف إذا حل الأجل و أراد المرتهن حقه طالب الراهن بالوفاء، و لو ببیع الرهن أو التوکیل فی بیعه، و فی الدروس لیس للمرتهن تکلیف الراهن بأداء الحق من غیر الرهن، و إن قدر علیه الراهن، و لعله لتعلق حقه فی العین برضاه، و لا- ینافی ذلک شغل ذمه الراهن. کما لا ینافیه عدم جواز البیع له، لو بذل له الراهن الدین.

و لو تعذر الأداء المزبور لامتناع من الراهن مثلا کان للمرتهن البیع و الاستیفاء إن کان وکیلا بل له ذلک من غیر مراجعه له مع إطلاق وکالته و إلا- یکن وکیلا و لم یتمکن من إجباره رفع أمره إلی الحاکم إذا کانت له بینه یثبت بها حقه لیلزمه البیع بالقول أو الفعل بضرب، أو حبس، أو نحوهما مما یتوقف تحصیل الحق علیه إلی منتهی مراتب ذلک، و لیس للمرتهن البیع قبل رفع أمره إلی الحاکم بلا خلاف أجده فیه، للأصل و غیره بعد عدم انحصار حقه فی ذلک، و بعد نصب الحاکم لقطع الخصومات و إعانه المظلومین، فإن امتنع علی الحاکم إلزامه- و لو لعدم بسط یده- باعه علیه بنفسه، أو بوکیله و لو المرتهن إذا کان جامعا لشرائط الوکاله فی مثله، و لیس للمرتهن هنا أیضا البیع بدون ذلک، لتمکنه من الولی الشرعی له الذی هو قائم مقامه فلا تسقط حرمه ماله حینئذ، إذ هو کالتمکن من المالک، و الاستیثاق لا یقتضی مباشره الاستیفاء ف لا ینافی کون کیفیته ما ذکرنا کی یعارض ما دل علی عدم جواز التصرف فی مال الغیر إلا بإذنه، أو إذن ولیه لکن فی المتن و غیره أنه إن امتنع (۱۱) أی الراهن بعد إلزام الحاکم له کان له حبسه و له أن یبیع علیه (۱۲) و مقتضاه التخییر بین الأمرین، و أن ولایه الحاکم تثبت فی أول مراتب الامتناع علیه و هو لا یخلو من إشکال، خصوصا بعد

مراعاه الاقتصار فی ولایه الحاکم علی المتیقن الذی هو حال انتهاء مراتب الإجبار علی الحق.

بل ربما کان

فی خبر سماعه(۱)عن الصادق علیه السلام ظهور فی خلافه فی الجمله، «قال:

کـان أمیر المؤمنین علیه السـلام یحبس الرجـل إذا کـان التوی علی غرمائه، ثم یأمر فیقسم ماله بالحصـص، فإن أبی باعه فقسـمه فیهم، یعنی ماله»

فتأمل و الأمر فی ذلک سهل، کسهوله اختلاف عباره الأصحاب فی المقام بالنسبه إلی الإطلاق و التقیید المبنی علی ظهور الحال فی هذا الحکم، لا علی الاختلاف فی المسأله، و التفصیل ما ذکرنا.

و لیس فی نصوص المقام ما ینافیه، سوی

مـا فی موثق إسـحاق بن عمـار من جواز البیع من دون مراجعه الحاکم، قال (۲)«سألت أبا إبراهیم علیه السـلام عن الرجل یکون عنده الرهن فلا یدری لمن هو من الناس فقال: لا أحب

أن یبیعه حتی یجی ء صـاحبه قلت: لاـ یـدری لمن هو من النـاس فقـال: فیه فضـل أو نقصـان، فقلت: إن کان فیه فضل أو نقصان فقال: إن کان فیه نقصان فهو أهون یبیعه فیؤمر فیما نقص من ماله، و إن کان فیه فضل فهو أشـدهما علیه، یبیعه و یمسک فضـله، حتی یجی ء صاحبه».

إلا أنی لم أجـد عاملا به، عدا ما یحکی عن ظاهر أبی الصـلاح حیث أطلق جواز البیع مع عدم التمکن من استیذان الراهن، و أنه لیس له إلاـ مقـدار قیمته لو نقصت عن الحق مع البیع بغیر الإذن، و لعله لهـذا الخبر الـذی یمکن حمله علی ما إذا لم یکن إثبات حقه و رهانته عند الحاکم، أو علی تعذر الحاکم، أو علی إراده بیان مطلق البیع الذی یجامع الاستیذان من الحاکم مع التمکن، أو علی غیر ذلک.

کما انه ینبغی حمل

موثق عبید بن زراره(۳)- «عن الصادق علیه السـلام فی رجل رهن رهنا إلی غیر وقت موقت، ثم غاب هل له وقت یباع فیه رهنه، قال: لا حتی یجی ء»

- علی الکراهیه أو علی الغیبه التی لا ضرر علی الدیان بانتظارها، لقربها و توقع مجی ء الراهن، أو غیر ذلک مما یحمل علیه

موثق ابن بکیر(۴)- «سألت أبا عبد الله علیه السلام

١- ١ الوسائل الباب ۶- من أبواب الحجر الحديث ١ لكن عن عمار.

٢- ٢ الوسائل الباب- ۴- من أبواب أحكام الرهن الحديث- ٢.

٣- ٣ الوسائل الباب- ۴- من أبواب أحكام الرهن الحديث- ١.

۴- ۴ الوسائل الباب- ۴- من أبواب أحكام الرهن الحديث- ٣

عن رجل رهن رهنا ثم انطلق، فلا يقدر عليه أ يباع الرهن قال: لا حتى يجى ء صاحبه»

أو يطرحا، لإعراض الأصحاب عن إطلاقهما.

و أما

خبر إبراهيم بن عثمان (۱)«قلت للصادق عليه السلام: رجل لى عليه دراهم، و كانت داره رهنا، فأردت أن أبيعها فقال: أعيذك بالله أن تخرجه من ظل رأسه»

فلا ريب فى إراده الكراهه لبيع الدار منه، كما أن المراد من بيعه على حسب حال بيع الرهن من الرجوع إلى الراهن أولا، ثم إلى الحاكم مع التمكن على التفصيل المتقدم، لا أن المراد تولى بيعه بنفسه من أول الأمر الذى يمكن دعوى إجماع الأصحاب على خلافه، بل المفهوم فى خبر المروزى المتقدم فى مسأله خوف جحود الوارث ظاهر فى نفيه أيضا، فضلا عن الموثقين السابقين.

ثم إن ظاهر الأصحاب هنا عدم اعتبار قيام العدول مقام الحاكم مع تعذره، نعم فى جامع المقاصد لو لم يكن الحاكم موجودا باع بنفسه، و لو أشهد شاهدى عدل كان أولى، و هو مع ظهوره فى عدم الوجوب لم يعتبر إذنهما فى البيع للولايه كما أن الظاهر عدم إراده من أنهى الأمر إلى الحاكم من غير تعرض للحكم، إذا لم يكن موجودا تعطيل المال لو فرض تعذر الوصول إليه؛ إذ الظاهر عدم التوقف فى

مباشره المرتهن حينئذ للبيع، و استيفاء حقه كما هو مقتضى ما دل على المقاصه، للموثق المزبور المعتضد بنفى الضرر و الحرج.

بل أطلق فى التذكره «أنه إذا لم يكن له بينه أو لم يكن فى البلد حاكم فله بيعه بنفسه، كما أن من ظفر بغير جنس حقه من مال المديون و هو جاحد، و لا بينه له يبيعه، و يأخذ حقه» و إن كان الظاهر إرادته بحيث يشق الوصول إليه، لا مطلق عدم كونه فى البلد، كما أن الظاهر إراده من ألحق غيبه الراهن بالامتناع، الغيبه التى يتضرر المرتهن بانتظار مجيئه منها، لا مطلق الغيبه و إن قصر زمانها، بل ربما كانت أقصر زمانا من استيذانه و هو فى البلد فى بعض الأحوال.

نعم قد يظهر من كلمات الأصحاب فى المقام عدم اعتبار إذن الحاكم إذا لم

---

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۱۱ من أبواب الدين- الحديث- ۴.

يكن للمرتهن بينه، و إن تمكن من استيذانه على وجه العموم، بحيث يندرج الرهن المخصوص فيه فى الواقع من دون تعرض له بخصوصه، إلا أن الاعتبار مراعاه لإذن الولى لا يخلو من قوه، كما أنه قد يظهر منها و من الموثق المزبور بيع تمام الرهن، و إن و فى بعضه بالحق، فيبقى الباقى حينئذ أمانه و هو جيد إذا توقف الحق عليه أو حصل ضرر بالتبعيض على المالك، أما إذا لم يكن كذلك فالمتجه مراعاه حق الراهن بالاقتصار على بيع مقدار الحق و إبقاء عين المال أمانه.

و لو أراد الراهن بيعه للوفاء فلم يأذن المرتهن كان للحاكم إلزام المرتهن بالإذن فإن امتنع تولى أمره الحاكم، و إليه أشار فى التذكره فقال: «و إنما يبيع الرهن الراهن أو وكيله بإذن المرتهن، فلو لم يأذن و أراد الراهن بيعه قال له الحاكم:

ائذن فى بيعه، و خذ حقك من ثمنه، أو أبرأه، و لو قال الراهن للمرتهن بعه لنفسك لم يصح البيع، لأن غير المالك لا يبيع لنفسه، خلافا للشافعى فى أحد الوجهين، بل يقول بعه لى أو بعه مطلقا على الأقوى حملا على الصحيح خلافا للشافعى فى أحد وجهه أيضا فمنعه.

و قد عرفت فيما تقدم أنه لا بد من الإذن فى الاستيفاء، فإن قال: استوفه لنفسك صح، كما فى التذكره، و على الأقوى فى الدروس و فيهما معا أنه يحدث فعلا جديدا من كيل أو وزن أو نقل، لدلاله اللفظ عليه. نعم احتمل فى ثانيهما الإكتفاء بدوام اليد، كقبض الرهن أو الهبه من المودع و الغاصب و المستعير، و لا ريب فى قوته لأن استدامه القبض كالقبض الجديد كما أومأنا إليه سابقا، و كذا الكلام لو قال اقبضه لى ثم لنفسك، أو أمسكه لنفسك.

و دعوى ظهور قوله ثم استوف لنفسك فى احداث فعل فعى وجه لا يشمل تجدد اليد واضحه المنع، أما لو قال بعه لى و استوف لنفسك، أو أقبضه أو أمسكه كذلك، فقد يشكل صحته فيما لو كان الثمن فى الذمه، بعدم تعينه للمديون بغير قبض منه أو ممن يقوم مقامه مع عدم الحواله، لكن فى الدروس: الأقرب الجواز، و إن لم يقبضه للراهن، و إن كان مكيلا، أو موزونا، أو طعاما- بل قال:- لو كان الثمن غير

مقدر بهما فالظاهر أنه لا إشكال فيه، لصحه بيع ذلک قبل قبضه عندنا بغير اختلاف» و فيه أن الإشكال مما ذكرنا لا من ذلک.

نعم فی التذکره «الوجه الصحه، لأن قوله استوف لنفسک يتضمن التوکيل» و هو جيد، بناء على كون المراد اقبضه لی ثم لنفسک باعتبار توقف الثانی على الأول إنما الكلام على تقدير عدم إرادته، و قد عرفت أنه مشكل، بل جزم الشافعی بعدم صحته كالفاضل فی القواعد، و إن ترتب الضمان على هذا القبض الفاسد، اللهم إلا أن يقال أن القبض و إن كان لنفسه يقوم مقام قبض الديان فيقدر له آنا ما كما فی أعتق عبدک عنی، فتأمل جيدا هذا. و قد تقدم تمام التحقيق فی كثير من هذه المسائل فی المباحث السابقه فی كتاب البيع و الله أعلم.

### [المقصد الثانی فی أحكام متعلقه بالرهن ]

المقصد الثانی فی أحكام متعلقه بالرهن الرهن لازم من جهه الراهن جائز من جهه المرتهن بلا خلاف أجده فيه، بل فی التذکره و المحکی عن غيرها الإجماع عليه، و هو كذلک بناء على عدم مدخليه القبض فی صحته و لا لزومه، بل و على تقدير مدخليته مع حصوله. نعم هو جائز من طرف الراهن قبله، بناء على أنه شرط فی اللزوم كما مر تحقيق ذلک، و المراد هنا بيان حكمه من جهه الراهن، و المرتهن، بعد تمام ما هو معتبر فی صحته و لزومه، فالإجماع حينئذ بحاله، مضافا إلى ما دل على اللزوم من الأمر بالوفاء بالعقود و غيره الذی لا يجری فی المرتهن قطعا، بعد أن كان الحق له، فهو مسلط على إسقاطه كغيره من الحقوق.

بل الظاهر عدم صحه اشتراط الخيار للراهن، لمنافاته الاستيثاق، و الحبس الذی هو مقتضی عقد الرهن، و فرق بينه و بين ارتهان العبد الجانی و نحوه- مما لا وثوق للمرتهن ببقائه، من غير الراهن الذی يكون شرط الخيار منه، كاشتراط التوقيت- فی المنافاه.

لكن مع ذلک كله قد استشكل فيه فى التذكره فقال: «و أما الشرط الفاسد فهو ما ينافى مقتضى عقد الرهن، مثل أن يشترط أن لا يسلمه إليه على اشكال، أولا- يبيعه عند محل الحق، أولا يبيعه إلا بما يرضى به الراهن، أو بما يرضى به رجل آخر، أو تكون المنافع للمرتهن، أولا يستوفى الدين من ثمنه، فإنها شروط نافت مقتضى العقد، ففسدت، و كذا إن شرط الخيار للراهن على إشكال، أو أن لا يكون العقد لازما فى صفه، أو يوقت الرهن، أو أن يكون الرهن يوما، و يوما لا يكون رهنا».

إلا أنه لا ريب فى ضعفه لما عرفت، كضعف احتمال الفساد فى اشتراط عدم التسليم إذا كان المراد منه استمرار بقاء اليد، بل و إن لم يرد منه ذلک إذا كان المراد منه مالا- يشمل الوكاله، أو قلنا بعدم اعتبار التسليم فيه، فإن دعوى احتمال عود ذلک على العقد بالنقض كما ترى، و كذا الكلام فى نحو اشتراط المنافع للمرتهن و الله العالم.

و على كل حال فلا ريب فى لزوم الرهن من جهه الراهن. نعم قد يقال بجوازه لو كان قد وقع منه لانه شرط عليه فى بيع قد زعم صحته، فبان عدمها بعد وقوع الرهانه منه، كما جزم به فى القواعد لنفى الضرر و الضرار، و لان الشرط فى البيع كجزء من الثمن أو المثمن اللذين لا ريب فى رجوعهما إلى مالكهما بظهور البطلان بل مقتضى ذلک بطلان الرهن قهرا، إلا أنه لما كان قد وقع بعقد محكوم بصحته لإطلاق الأدله، روعى الجمع بين ذلک، و بين حق الراهن بالخيار، و المسأله سياله فى غير المقام، كاشتراط البيع و الإجاره و نحوهما فى عقد قد ظهر فساده بعد وقوعهما.

مع أنه قد يقال بعدم الرجوع فى الجميع، لأن تخيل الصحه من الدواعى فالعقد الصادر باق على مقتضى ما دل على صحته و لزومه، إذ هو حينئذ كما لو أبرأت الزوجه الذمه بظن صحه الطلاق، أو فى خصوص المقام الذى لا مجال للقول بالبطلان فيه، باعتبار منافاته لإطلاق ما دل على الصحه، و لا الخيار لعدم قابليه خصوص هذا العقد للخيار، فهو حينئذ كالإبراء المشترط فى عقد قد ظهر فساده بعد وقوعه، و النكاح

و الطلاق و العتق و نحوها، و عن بعض نسخ القواعد و لو شرط علیه رهن فی بیع فاسد فظن اللزوم فرهن فلا رجوع، و هو لا یخلو من قوه فتأمل جیدا.

و کیف کان ف لیس له أی الراهن انتزاعه من المرتهن بدون رضاه إلا مع سقوط الارتهان ببراءه ذمه الراهن من الدین الذی قد رهن به الرهن ب الإقباض من المالک أو المتبرع أو الضمان أو الحواله أو الإقاله المسقطه للثمن المرهون به، أو الإبراء من ذی الدین أو ب تصریح المرتهن بإسقاط حقه من الارتهان أو ما هو کالتصریح بلا خلاف فی شی ء من ذلک، و لا إشکال.

و لو برأت ذمته من بعض الحق فالظاهر بقاء الجمیع رهنا علی ما یبقی من الدین و إن قل، إذا لم یکن قد اشترط التوزیع، أو کونه رهنا علی المجموع المنتفی صدقه بذهاب البعض، وفاقا لصریح جماعه، بل عن الشیخ الإجماع علیه، لظهور الارتهان فی الاستیثاق، لجمیع أجزاء الدین، و کون الغرض استیفاؤه بتمامه منه أجمع کما یشعر به ما فی النصوص (۱)من نفی البأس عن الاستیثاق للمال الصادق علی الکل و البعض، جوابا للسؤال عن أخذ الرهن.

لکن فی المسالک عن الفاضل فی القواعد أنه اختار فیها کونه رهنا علی مجموع الدین الذی ینتفی صدقه ببراءه الذمه من بعضه و إن قل، فیبقی الباقی من غیر رهن بعد أن احتمله هو، و الذی فیها، و لو أدی بعض الدین بقی کل المرهون رهنا بالباقی علی إشکال، أقر به ذلک إن شرط کون الرهن رهنا علی الدین و علی کل جزء منه، و لا صراحه فیه فیما ذکره، ضروره أعمیه مفهوم الشرط فیها من ذلک.

بل فی جامع المقاصد فی شرحها أنه قد یتوهم عدم إفتاء المصنف نظرا إلی أن المذکور فی

کلامه هو الحکم مع الاشتراط، و لا نزاع فیه، لأن النزاع مع الشرط و لیس کذلک، لأن الأقرب یقتضی الفتوی، إذ لا یتطرق الاحتمال مع الشرط، إنما یتطرق بدونه، ثم قال فی القواعد «و لو دفع أحد الوراث نصیبه من الدین لم ینفک نصیبه علی اشکال».

---

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۱- من أبواب أحکام الرهن.

و فی جامع المقاصد أی: لو دفع أحد وارثی الرهن نصیبه من الدین، و هذا الاشکال- بعد الفتوى المتقدمه بأنه مع الاشتراط یکون الرهن رهنا بکل جزء، و بدونه على ما یقتضیه التقسیط- لا وجه له، إذ مع الاشتراط لا ینفک قطعا و بدونه بمقتضى التقسیط یلزم الانفکاک، و مقتضاه أنه فهم من العباره الأولى التقسیط و إن کان هو کما ترى، لما عرفت من کون المفهوم أعم، و إن جعلنا الأقرب راجعا إلیه، إذ أقصاه أن لا یکون الحکم کذلک، لا خصوص التوزیع و على کل حال فلا ظهور فیه، بل و لا إشعار بذلک، و حینئذ فلا قائل به فیما أجد.

نعم ربما حکى عن الفاضل و ولده التوزیع و التقسیط، بدعوى أن الرهانه کالمعاوضه فی اقتضاء مقابله الأجزاء بالأجزاء لا الجمله بالأبعاض فان برء من بعض الدین انفک من الرهن بحسابه نصفا أو ثلثا أو غیرهما من الأجزاء المشاعه.

و فیه مضافا إلى مخالفته ما عرفت أنه یقتضى عدم کون الباقى رهنا على الجمیع فیما لو تلف بعضه، و هو باطل نصا و إجماعا بقسمیه، و منه یعلم قوه ما ذکرنا من کون المقابله فی الرهن مقابله جملته بکل جزء، لا على حسب مقابله المعاوضات التی لا شبه بینها و بین الرهن، و دعوى ان العرف فارق بین التلف و غیره فی التقسیط المزبور غیر مسموعه ضروره اقتضاء العرف ما قلناه کما هو واضح بأدنى تأمل فیه.

أما إذا اشترط فلا خلاف أجده فی لزوم ما اشترطه من التوزیع أو الرهانه على المجموع أو على کل جزء من الدین، کما لا تأمل فی الأول و الأخیر، لعموم «المؤمنون» نعم قد یتوقف فی الثانی باعتبار منافاته للتوثق، لکن الاتفاق ظاهرا على صحته ینفیه، مع أنه لا منافاه بناء على عدم وجوب قبول المرتهن للبعض المبذول لما فیه من الضرر علیه بفوات الرهینه و ان وجب بدونها، فیکون هذا البعض حینئذ کالبعض المبذول المستلزم لنقص فی المالیه، مثل مال السلم و ثمن المبیع فی عدم وجوب القبول.

إلا أنه قد یدفعه إطلاق ما دل على القبول، و الضرر غیر قادح، بعد أن أقدم علیه بالرضا بالشرط المزبور، بل لا یبعد وجوب القبول لو قلنا بانصراف الإطلاق

إلى الاحتمال المزبور من دون شرط، لتناول ما دل على لزوم القبول لذلك، بحيث لا ينافيه التضرر بفك الرهانه به بعد بنائها على ذلك و رضاه على هذا النحو، و حينئذ يتأكد التوقف المزبور فى الشرط المذكور، باعتبار اقتضائه عدم الوثوق بالرهن المفروض انفكاكه بدفع جزء يسير من الدين، فتأمل جيدا و الله العالم.

و كيف كان ف بعد ذلك الإقباض و غيره مما يحصل به الفك يبقى الرهن أمانه فى يد المرتهن مالكيه و حينئذ لا يجب تسليمه إلا مع المطالبه من المالك أو من يقوم مقامه، لأن حصولها فى يد الأمين بإذن المالك، بخلاف الشرعيه كالثوب الذى أطارته الريح و نحوه مما لا- إذن فيه من المالك، و إنما هى من الشارع الذى أوجب عليه رده إلى مالكه، أو إخباره به، لعدم إذنه فى بقائه فى يده، و بهذا افترقت الشرعيه عن المالكيه المستنده إلى الإذن المستصحب حكمها حتى مع النسيان و نحوه.

و دعوى- تقييد الإذن هنا بالرهانه، فمتى زالت، زالت- مدفوعه بعدم استلزام الرهانه الأمانه عند المرتهن، فهو حينئذ أمر آخر لا مدخليه له بالارتهان، فما عن بعض العامه من الضمان على المرتهن- إذا قضاه الراهن، بخلاف ما إذا أبرأه ثم تلف الرهن فى يده،- واضح الضعف، بل الذى يقتضيه الاستحسان العكس، ضروره أنه مع القضاء يكون عالما بانفكاك ماله، فإذا لم يطالب به فقد رضى ببقائه أمانه، بخلاف الإبراء، فإنه قد لا يعلم به الراهن فلا يكون تاركا لماله باختياره.

بل ربما ظهر من الفاضل فى التذكره الميل إلى هذا التفصيل، قال: و ينبغى أن يكون المرتهن إذا أبرء الراهن من الدين، و لم يعلم الراهن، أن يعلمه بالإبراء أو يرد الرهن، لأنه لم يتركه عنده إلا على سبيل الوثيقه، بخلاف ما إذا علم، لأنه قد رضى بتركه و هو حسن، كما فى المسالك إن أراد الأولى كما يشعر به لفظ ينبغى، و إلا كان فيه نظر بعد ما عرفت من أن الأمانه المالكيه يكفى فيها حصول الإذن السابق من المالك بعنوان العاريه و الوديعه و نحوهما، و إن حصل لها فسخ من المالك

أو من المستعير مثلا- فإن فسخ العقد المخصوص لا- ينافى بقاؤها أمانه، و لو باعتبار كون ذلك من توابع العقد الأول، فتأمل جيدا، فإنه دقيق جدا.

و منه يعلم الحال فى حكم الرهن بناء على ما ذكرناه من استحقاق المرتهن قبضه من الراهن، فإنه لا يخرج بذلك عن كونه أمانه أيضا من الراهن، و إن كانت مستحقه عليه بعقد الرهن، فالفك حينئذ من الرهانه كفسخ عقد العاريه لا يخرج البقاء فى الزمان المتأخر عن كونه أمانه مالكيه، و لو للتبعيه المزبوره، و الله العالم.

و لو شرط المرتهن على الراهن فى عقد الرهن إن لم يؤد الحق مطلقا أو عند الأجل أو فى وقت كذا أن يكون الرهن مبيعا، لم يصح الشرط قولا- واحدا، للتعليق، و توقف البيع على سببه من الصيغه و نحوها، بل و الرهن بناء على اقتضاء بطلان مثل هذا الشرط بطلا-ن العقد الذى علق الرضا فيه على الشرط بل و إن لم نقل بذلك للتوقيت فى الرهن، المتفق على بطلانه، لمنافاته الاستيثاق، و إن كان زائدا على أجل الدين، إذ قد لا يتيسر بيعه فيه، لو جوزنا بيعه معه، و لم نقل بكون المراد من التوقيت بقاؤه رهنا إلى الوقت المعلوم؛ بحيث ليس للمرتهن التصرف فيه، و إلا كانت منافاته واضحه أيضا، و إن كان التوقيت إلى أجل الدين، إذ قد تدعو الحاجه إلى بيعه، لموت المديون مثلا فضلا عن اقتضاء التوقيت المزبور الخروج عن الرهنيه عنده، فليس للمرتهن حينئذ تعلق به، فكيف يعقل الاستيثاق بمال لا يجوز استيفاء الدين منه قبل انتهاء الوقت و بعده.

و لعله لذلك اتفق الأصحاب هنا على بطلان الشرط و العقد، حتى أن الشيخ الذى قد حكى عنه فى باب الرهن القول بعدم اقتضاء فساد الشرط فيه فساده، قال ببطلانه هنا، مدعيا الإجماع عليه، و كذا ابن إدريس فى ظاهر السرائر؛ فمن الغريب ما فى التحرير قال: «و إذا شرط كونه مبيعا عند حلول الأجل بالدين، هل يفسد الرهن بفساد الشرط؟ فيه نظر، و الذى قواه الشيخ عدم الفساد، و هو جيد».

و كأنه أخذ ذلك من مذهبه فى الشرط، و غفل عن كلامه فى المقام الذى لم يعرف

الخلاف فيه، إلا من بعض العامه، فصحح الرهن و أفسد البيع، محتجا بأن الراهن إذا رضى بالرهن مع هذا الشرط كان أولى أن يرضى به مع بطلانه، و فساده ظاهر، لأن مجرد تقدير الرضا غير كاف مع اختلال شرائط العقد الذى قد وقع، بعد الإغضاء عما فى الأولويه المزبوره، و يمكن أن يريد الفاضل فى التحرير النظر فى البطلان من هذه الحيثيه، لا من حيث التوقيت، و الأمر سهل.

ثم إن الظاهر عدم ضمان العين فى يد المرتهن إلى المده، كما أن الظاهر ضمانها بعدها، لأن القبض فيها بالرهن الفاسد، فلا يضمن كصحيحه، و بعدها بالبيع الفاسد فيضمن كصحيحه، و احتمال أنه غير مضمون مطلقا- إلا إذا نوى تملكه بعد المده بعنوان أنه مبيع، لتحقق القبض بالبيع الفاسد المغاير للقبض الأول الذى هو بالرهن الفاسد- واضح الفساد، لأن المراد من اشتراط كونه مبيعا انه من الآن مبيع فى تلك المده، لا أنه يباع فيها.

و على كل حال فلا فرق فى القاعده المزبوره فيهما بين العلم بالفساد منهما و الجهل كذلك و التفريق، للإجماع المحكى إن لم يكن المحصل على القاعده المزبوره المقتضيه بإطلاقها ذلك.

و لا- ينافيه الإشكال من بعض المتأخرين فى بعض أفرادها، كصوره جهل الدافع فى المده و علم القابض فى المقام، باعتبار أن القابض قد أخذ بغير حق، لأن الدافع قد توهم الصحه، فيشمله حينئذ عموم(۱)

«على اليد»

بل ربما أشكل بنحو ذلك فى الجاهلين إلا أن ذلك كله كأنه اجتهاد فى مقابله النص، خصوصا بعد ما فى المسالك «من أن الأصحاب و غيرهم أطلقوا القول فى هذه القاعده، و لم يخالف فيها أحد» بل فيها أيضا «إمكان دفع الإشكال

المزبور بأن المالك أذن فى قبضه على وجه لا ضمان فيه، و المتسلم تسلمه منه كذلك، و عدم رضاه لو علم بعدم اللزوم غير معلوم، فالإذن حاصل و المانع غير معلوم».

---

۱- ۱ سنن البيهقى ج ۶ ص ۹۰.

و مرجعه إلى أن تخيل الصحه في مثل ذلك من الدواعى للدفع على وجه المزبور لا أنها شرط في عدم الضمان، بل دفعه في الجاهلين أوضح من ذلك، ضروره كون القابض كالمغرور بفعل الدافع، و أوضح من ذلك اندفاعها في فاسد المعاوضه التى لا فرق فيها بين العلم و الجهل، بعد كون الدفع على وجه الضمان، لا عدمه كما هو واضح، إنما الإشكال إن كان ففى الصوره الأولى في المقام، كصوره عدم ضمان العين المستأجره مع علم المستأجر بالفساد، و جهل الموجر، و العين المستعاره، خصوصا إذا كان الفساد بغصب للعين و نحوه، بل ربما ظهر من بعضهم في باب الإجاره ما ينافى الإجماع المزبور، فلاحظ و تأمل و الله أعلم هذا.

و قد تقدم تحقيق الحال فيما لو غصبه اى المال ثم رهنه المالك من الغاصب و قد قلنا هناك أنه صح الارتهان و لم يزل الضمان، و كذا لو كان في يده بسوم أو ببيع فاسد أو استعاره مضمونه إلا- إذا أذن له في استمرار القبض، فإن الظاهر زوال الضمان كما أوضحنا ذلك كله و غيره فلاحظ و تأمل، بل و ذكرنا هناك أيضا عن الشيخ و غيره أنه لو أسقط عنه الضمان، صح أيضا و إن لم يفد إذنا بالبقاء، ضروره أعميه ذلك من الرضا به لبقاء الإثم حينئذ.

إلا أنه أشكل بكونه إسقاطا لما لم يجب، ضروره كون المراد بالضمان أنه لو تلف ثبت في الذمه مثله، أو قيمته، فقبل التلف لم يثبت حتى يسقط.

و قد يدفع بأن الإسقاط للحق الذى تحقق فعلا و هو تهيؤ ذمته للضمان بالتلف، فليس حينئذ إسقاط لما لم يجب، بل هو إسقاط لما وجب و تحقق.

و دعوى- عدم صحه إسقاط مثل ذلك- يدفعها عموم(۱)

«تسلط الناس على حقوقهم و أموالهم»

كدعوى- أن الإسقاط لا يتعقل بعد استمرار السبب، و هو القبض غصبا، و تجدده في كل آن آن، إذ هو يجدى في خصوص أثر السبب المقارن و السابق، فيبقى أثر السبب المتجدد غير ساقط، و يكفى حينئذ في ثبوت الضمان- إذ يدفعها أيضا منع كون ذلك أسبابا متعدده، بل هى جميعها بعد اتحاد أثرها

---

۱- ۱ البحار ج ۲ ص ۲۷۲ طبع الحديث.

و صدق الأخذ على مجموعها سبب واحد عرفا، بل و شرعا، فالإسقاط حينئذ فى محله فتأمل جيدا، فإنه قد يمنع كون ذلك من الحقوق التى يتعلق بها الإسقاط و انما هو من الأحكام للأصل و غيره و الله اعلم.

و ما يحصل من الرهن من فائده متصله أو منفصله بالاكتساب كحيازه العبد أو غيره فهى للراهن بلا خلاف و لا إشكال، بل الإجماع بقسميه عليه، بل المحكى منهما مستفيض، كالنصوص، بل يمكن دعوى ضروره المذهب، بل الدين عليه، و إن خالف فيه فى الجمله أبو حنيفه كما قيل، إلا أن خلافه إن لم يؤكد الضروره لا ينافيها، إنما الكلام فى تبعيتها له فى الرهانه و عدمها، و قد أشار إليه المصنف بقوله و لو حملت الشجره أو الدابه أو المملوكه بعد الارتهان كان الحمل رهنا كالأصل على الأظهر و هو مشعر أو ظاهر فى أن الخلاف فى نحو ذلك لا مطلق الفائده، و هو كذلك بالنسبه إلى الفوائد المتصله كالسمن و الطول و العرض و نحو ذلك، للإجماع بقسميه على تبعيتها، بل هى فى الحقيقه كصفات الرهن و أحواله التى لا تخرج عن مسماه.

بل قد يقال: بعدم صحه اشتراط خروجها، و إن كان لا- يخلو من إشكال، بل و بالنسبه إلى ما يتجدد من المنافع بالاختيار، كاكتساب العبد، لخروجها عن التبعيه، بل جزم فى التذكره بعدم صحه اشتراط دخولها، لأنها ليست من أجزاء الأصل، فهى معدومه على الإطلاق.

لكن فى الدروس لم يفرق بينها و بين ثمره الشجره، بل ربما ادعى أنه ظاهر الأصحاب، و إن كان لا يخلو من بحث، كما أومأنا إليه سابقا، و منع الراهن من استيفائها لا- لتبعيتها، بل لاستلزامه التصرف فى المرهون الممنوع منه مطلقا نصا و فتوى، و إلا فهى ليست من النماءات المتولده فى الأعيان أو منها، و إن كانت هى أحد مقدمات حصولها، ضروره استنادها إلى الأفعال مع الأعيان، كالانتفاع الحاصل بالتكسب بالدراهم، فتأمل جيدا.

و كيف كان فما اختاره المصنف قد نسب إلى الأشهر و الأكثر، بل قيل أنه المشهور شهره كادت تكون إجماعا بل فى الانتصار «أنه مما انفردت به الإماميه»، بل فى الغنيه، و السرائر، الإجماع عليه، بل و الأخير منهما أنه مذهب أهل البيت عليهم السلام، و أن عدم الدخول مذهب المخالفين، و هو الحجه بعد التبعيه، و أنها أجزاء من العين المرهونه استحالت إلى موضوع آخر، و عدم خروج الفرع عن أصله.

لكن قد يوهن الإجماع بمصير كثير من الأصحاب إلى خلافه، إذ القول بعدم التبعيه للمبسوط و الخلاف و نكت النهايه للمصنف، و التحرير، و التذكره و الإرشاد، و المختلف، و الإيضاح، و التنقيح، و جامع المقاصد، و الروضه، و مجمع البرهان، و الكفايه، على ما حكى عن بعضها، و مال إليه فى المسالك، و حكاه فى الدروس عن المصنف فى درسه، بل قد يظهر من التذكره الإجماع عليه، بل فى زكاه الخلاف دعواه صريحا، قال: «إذ أرهن جاريه أو شاه فحملتا بعد الرهن كان الحمل خارجا بإجماع الفرقه».

و تمنع التبعيه فى غير الملك، للأصل، و تبعيه ولد المدبره للدليل، مع أن العتق مبنى على التغليب، و كون النماء أجزاء من العين بعد التسليم فى جميع أفراده لا يقضى بذلك بعد خروجه عن مسماها لغه و عرفا و شرعا، و غير ملحوظ للعاقد، و لا دليل فى الشرع، فأصاله تسلط المالك على ملكه بحاله.

بل

قوله صلى الله عليه و آله «له غنمه، و عليه غرمه»

كخبر إسحاق عن أبى إبراهيم عليه السلام «قلت: فان رهن دارا لها غله، لمن الغله؟ قال: لصاحب الدار»

دال على ذلك أيضا، بقرينه كون الظاهر أن السؤال لتخيل الدخول فى الرهانه، و المراد حينئذ بالجواب رفع ذلك، و أنه لصاحب الدار التصرف به كيف يشاء، لا أن المراد بيان أصل الملكيه الواضحه، لوضوح بقاء الرهن على ملك المالك، و من ذلك كله يظهر لك قوه القول بعدم الدخول، و إن كان الأشهر خصوصا بين المتقدمين الأول و الله أعلم.

و لو كان فى يده رهنان، بدينين متغايرين، أو متوافقين ثم أدى الراهن أحدهما لم يجز للمرتهن إمساك الرهن الذى يخصه الدين

المؤدى بالـدين الآخر من غير تراض مع الراهن بلا خلاف و لا إشـكال، و كـذا لو كان له دينان، و بأحدهما رهن، لم يجز له أن يجعله رهنـا بهمـا من غير تراض معه أيضا و لا أن ينقله إلى دين مسـتأنف أما مع الرضا منه فيجوز قطعا، كما تقـدم تحقيق ذلك كله، و جميع ما يتعلق به فى آخر الفصل الثالث فلاحظ و تأمل و الله أعلم.

و إذ أرهن مال غيره بإذنه صـح بلا خلاف فيه، بيننا، بل الإجماع بقسـميه عليه عندنا، بل و غيرنا عدا ما حكى عن ابن شـريح من القول على تقـدير كونه عـاريه لاـ يصـح رهنه، لأنها غير لازمه، و لعله غير مخالف فى أصل الحكم، و من هنا حكى فى التـذكره عن ابن المنـذر أنه أجمع كـل من يحفـظ عنه العلم على أن الرجـل إذا اسـتعار من الرجل شـيئا يرهنه، على دنانير عنـد رجل إلى وقت معلوم ففعـل كـان ذلك جائزا و فى المسالك «أجمع العلماء على جواز رهن مال الغير باذنه على دينه فى الجمله، و سـموه استعاره».

نعم فى التـذكره «هل يكون سبيل هذا العقد سبيل العاريه أو الضـمان؟ الحق عندنا الأول» و لعله مشـعر بالإجماع، كالمحكى من نسبه ولده ذلك إليه، و إلى المحققين.

لكن عن المبسوط أنه حكى فيه قولاـ بـأنه على سبيل الضـمان المعلق بالمال، و المعروف حكايه ذلك عن أصـح قولى الشافعى، كالمحكى عن بعض الشافعيه من أنه بين الراهن و المرتهن رهن، و بين المعير و المستعير عاريه، و بين المعير و المرتهن ضمان و لاـ ريب فى ضـعف الجميع، بـل فى بطلانه حتى على ما وجهه به فى الـدروس، من أن المعير أناب المسـتعير فى الضـمان عنه، و مصـرفه فى هذا المال، إذ هو غير مجد فى مخالفته للمعهود من الضمان الذى هو الانتقال من ذمه إلى ذمه، و هو مفقود هنا قطعا، و كيف يكون ضـمانا و لم يقصـده الراهن، و لا المرتهن، مع أنه لو صـرح المالك و قال للديان لزمت دينك فى رقبه هذا المال على وجه لا تكون ذمته مشغوله له لم يكن صحيحا و بالجمله لا ينبغى إتعاب النظر فى فساد ذلك.

نعم قد يشكل العاريه بأن التوثيق الحاصل بدفع الرهن ليس من منافع العين التى تباح بعقد العاريه المساوى لعقد الإجاره فى ذلك، المعلوم امتناعه فى مثل الفرض و إنما هو انتفاع بسبب تعلق عقد الرهن بها، لا أنها من منافعها التى هى كالسكنى فى الدار و الخدمه فى العبد، و الركوب فى الدابه و نحو ذلك.

على أن تعلق عقد الرهن بها قد يؤدى إلى خروجها عن الملك المنافى للعاريه التى هى إباحه المنفعه، مع بقاء العين، و إن اعتراها اللزوم كعاريه الأرض للدفن و نحوه، بل ما تسمعه من مشهورهم من الضمان فى هذه العاريه و إن تلفت بآفه سماويه بعد الرهانه، بل و لو بجنايه العبد نفسه-، مناف لما ذكره من عدم الضمان لها فى غير الذهب و الفضه إلا بالتعدى أو التفريط أو الشرط.

و دعوى رجوع ما هنا إلى الثالث واضحه الفساد، كدعوى خروج ذلك عن مطلق العاريه، بدليل مخصوص، لعدمه كما ستعرف، فلا يبعد أن يكون ذلك من الأحكام الجائزه شرعا و إن لم يندرج تحت عقد من العقود المتعارفه، إذ دعوى عدم خلو الواقع منها يكذبها الوجدان، فإن كثيرا مما هو جائز شرعا لا يدخل كالقباله و المنحه و نحوهما، على بعض الأقوال أو الوجوه، بل حاصل ذلك عدم اعتبار كون الرهن ملكا للراهن، كما أنه لا يعتبر فى صحه الرهن كون الدين على الراهن، فيجوز أن يرهن ماله على دين غيره متبرعا، كما ذكرناه سابقا فى الشرائط.

بل هو غير زائد على ما نحن فيه إلا بالإذن التى تكون سببا لاستحقاق الرجوع عليه بها كالوفاء تبرعا، و بالإذن الذى يمكن دعوى عدم انحلال الثانى منه إلى القرض بعد عدم اعتبار الملكيه فيما يوفى به، فيستحق حينئذ الرجوع عليه بالإذن، و إن كان ما وفى به باقيا على ملك الموفى إلى حين الوفاء، و لعله للإذن فى إتلاف المال فيما يعود نفعه إليه، فإنه يكفى فى تسبيب مثله الضمان.

و على كل حال فدعوى كون المقام عاريه حقيقه فى غايه الإشكال، و لعله لا يريده الأصحاب كما يومى إليه ما فى المسالك من نسبه التسميه إليهم، و كذا من قال

بالضـمان، فـإنه لاـ يريـده حقيقه بـل المراد قربه منهمـا بالنسـبه إلى بعض الأحكـام، و لا ريب حينئـذ فى أن الحق مع الأصـحاب ضروره أقربيه ذلك إليها من الضمان، و الأمر سهل بعد عدم وضوح ثمره معتد بها على هذا الخلاف.

و إن حكى عن المبسـوط و تبعه غيره تفريع اعتبـار ذكر جنس الـدين و قـدره و حلوله و تـأجيله و وصـفه و صـاحبه على تقـدير الضـمان، لعـدم صـحته فى المجهول، بخلاـف العـاريه، و أنه عليه ليس لمالـك العين إجبـار الراهن على الفك، إذ هو كضـمان الـدين المؤجل الـذى لا يصـح للضامن المطالبه بالتعجيل، لإبراء ذمته، بخلافها، فإنها غير لازمه، و أنه عليه يرجع بما بيع به، و إن كان أقل من ثمن المثل، لأنه الـذى أداه، بخلافها فإنه يرجع بقيمه تامه، و كـذا إذا بيع بأكثر منه، فعلى الضـمان يرجع بالجميع، و عليها يرجع بقدر القيمه.

لكن فى الأول: أن الفاضل فى ظاهر القواعد و صريح المحكى عن التذكره و الكركى و ابن المتوج مع القول بالعاريه قد اعتبروا ذكر جميع ذلك أو بعضه، و فى المسالك أنه أولى، فلا يجوز بـدونه لما فيه من الغرر و الضـرر، لكثره تفاوت الـدين و جنسه و المرتهن و الأجـل، و إن كـان قـد يقوى الجواز، وفاقـا للمحكى عن التحرير، و جـامع الشـرائع، و ظـاهر إطلاـق الإرشاد و اللمعه، كالكتـاب بـل و المبسوط، و الـدروس، و ان فرعـاه على القول بالعـاريه مع إطلاق الإذن الـذى هو كالتعميم فى تناول الأفراد مع عدم الانصراف إلى البعض، و إن تفاوتا فى الدلاله قوه و ضعفا.

و منه ينقدح حينئذ عدم الفرق بين الضـمان و العاريه فى ذلك، إذ ليس هو من ضـمان المجهول حينئذ. نعم لو فرض تصور اذن فى العاريه للرهن لا على وجه الإطلاق أمكن حينئذ التوقف لرجوع الأمر إلى الإجمال حينئذ لا الإطلاق.

و فى الثـانى: ان الأـقوى على العاريه أيضا عـدم جواز إجباره على الفك قبل الحلول، لأنها لزمت بالعارض، كالعاريه للـدفن، بل ربمـا ظهر من ثـانى الشـهيدين أن لزومهـا إجمـاعى خلافـا لمحكى المبسـوط، و السـرائر، و التـذكره، و عـاريه التحرير، و جـامع الشرائع، لكون العاريه من العقود الجائزه، و فيه ما عرفت، و من هنا كان

خيره ثانى الشهيدين كالمحكى عن التحرير فى المقام، و جامع المقاصد، عدم جواز المطالبه له، بل الظاهر ذلك و إن أجابه المرتهن إلى قبول الحق أو تبديل الرهن، فظهر حينئذ أنه لا تلازم بين القول بالعاريه و بين القول بالجواز، كما يومى إليه ما سمعته ممن قال باللزوم من أصحابنا، مع قوله بالعاريه، إذ القول بالضمان ليس لأحد منا.

نعم لا إشكال فى أن له المطالبه بالفك على كل حال بعد الحلول، بلا خلاف أجده فيه، بل قيل: كأنه إجماعى، و لا ينافيه لزوم العاريه بالرهن، إذ لا نقول ان له فسخ الرهن، بل يطالب الراهن بالفك، فإن حصل و إلا فإن باعه المرتهن فى الدين رجع هو على الراهن كما ستعرف، و ليس له التعرض للمرتهن بوجه، لعدم السبيل له عليه.

و ما قيل: من أنه قد يقال: إذا حل الأجل و أمهل المرتهن الراهن أن للمالك أن يقول للمرتهن إما أن ترد مالى، أو تطالب الراهن بالدين ليؤديه فيفك الرهن كما أنه إذا ضمن دينا و مات الأصيل فللضامن أن يقول إما أن تطالب بحقك من التركه، أو تبرئنى لا وجه له معتد به لا فى المشبه و لا فى المشبه به.

و فى الثالث و الرابع: ما ستعرفه عند التعرض لحكم ذلك، فمن الغريب تفريع ذلك و غيره على القولين، خصوصا من مثل الشهيد فى الدروس، و على كل حال فإذا أعاره للرهانه فإن عمم له أو أطلق بناء على كونه كالتعميم رهنه كيف شاء، و إن عين له مقدارا من الدين أو خصوص مرتهن أو أجل مخصوص أو نحو ذلك تعين، فلو خالفه كان فضوليا إلا إذا عين له الأكثر فرهنه، على الأقل، للأولويه، أما إذا عين له الأقل فرهنه على الأكثر ففى فضوليته بالنسبه إلى الجميع أو خصوص الزائد وجهان أو قولان، أقواهما الثانى، بل ينبغى الجزم به لو كان فى عباره مستقله بأن قال: هو رهن على المأه و على الخمسين مثلا.

بل عن بعض نسخ جامع المقاصد، أنه يجب أن يستثنى من هذه المسأله ما لو رهنه بالزائد، و بكل جزء منه فإنه رهن بالمقدار المأذون فيه على وفق الأذن،

و الزائد موقوف، و يكون موضع الوجهين ما إذا رهنه على المجموع، ثم إنه استشكل فى الصحه لأنا إذا قسطنا الأجزاء على الأجزاء يكون بعضه رهنا بالمأذون، فيكون خلاف الإذن، لأن الإذن اقتضى رهن جميعه بالمأذون فيه، و الأولويه ممنوعه بعد احتمال التعيب بالشركه.

و عن نسخه أخرى المتجه أنه إن رهن على الأكثر و على كل جزء منه صح فى المأذون فيه، و بطل فى الزائد، وجها واحدا، و إن رهن على الأكثر مقتصرا على ذلك فالمتجه البطلان مطلقا، و هما معا كما ترى، و الأقوى ما ذكرناه من النفوذ فى المقدار المأذون فيه، و الفضوليه فى الزائد مطلقا كما لو أعاره شيئا معينا فرهنه مع غيره، و ليس ذلك من قبيل الوكيل على البيع بشى ء معين فباعه بالأنقص متفاحشا فإنه فضولى و لا ينفذ البيع فيه بمقدار ما أذن له فيه، كما هو واضح و الله أعلم.

و كيف كان فإن رهنه المستعير ضمنه بقيمته إن تلف أو تعذر إعادته كما صرح به غير واحد، بل فى المسالك جعلوها أى العلماء مضمونه على الراهن، و إن تلفت بغير تفريط؛ لكن عن عاريه التحرير؛ لم يكن على أحدهما ضمانه؛ و احتمله فى الدروس قال: «لأنها أمانه عندنا، إلا أن نقول الاستعاره المعرضه للتلف مضمونه قلت: أو نقول الأصل الضمان، خصوصا بناء على ما سمعت سابقا من عدم كون ذلك عاريه فى الحقيقه، كى يعارضه ما دل على عدم ضمان العاريه، بل و عليه بعد الشك فى شموله لمثله، و لو لكلام الأصحاب، و لأنه بتعلق الرهن به شابه المال المحترم المدفوع وفاء بالإذن من غير ظهور من المالك فعلا و لا قولا بالمجانيه.

بل فى جامع المقاصد، و محكى قواعد الشهيد، و موضع من التذكره، الضمان لو تلف فى يد المستعير قبل الرهانه، بل فى الأخير عندنا مشعرا بدعوى الإجماع عليه، كالمحكى عن ولده من أنه نص الأصحاب على أنها عاريه مضمونه، مضافا إلى أنه قبضه للإتلاف فى دينه، فهو قبض ضمان، كالقبض فى السوم، لا أن سبب الضمان الرهن، و منه ينقدح حينئذ الضمان لو تلف فى يد المستعير بعد الفك، كما نسب إلى

ظاهر إطلاقهم.

لكن استشكل فى الضمان قبل الرهانه فى القواعد: بل عن موضع آخر من التذكره استقرب عدم الضمان، لأنه أمانه، و إنما ضمن بالرهن للتعرض للإتلاف، و سببه الرهن، و المسبب لا يتقدم على السبب، بل جزم ثانى الشهيدين بعدم الضمان، و لعل الأول لا يخلو من قوه، خصوصا مع القول بالضمان فى المال المدفوع إلى رجل لقضاء دينه، و إن فرق بينهما فى الدروس، بأن هذا إقراض متعين للصرف، بخلاف المستعار، فإنه قد لا يصرف فى القضاء إلا أنه كما ترى، على أن المراد التشبيه به فى الجمله، و أقرب شبها به المقبوض بالسوم، بل لعل المدرك فيهما واحد عند التأمل.

و على كل حال فلا خلاف أجده فى عدم ضمان المرتهن للأصل و ما دل على عدم ضمان المرتهن الشامل للمقام، لكن فى القواعد «الأقرب عدم الضمان» و هو مشعر باحتماله، و لعله لأن يده مترتبه على يد المستعير التى قد عرفت ضمانها، إلا أنه كما ترى، و أوضح منه فسادا ما عن ولده من توجيهه، و إن أطنب فيه، و حكاه عنه نفسه كما لا يخفى على من لاحظه، و المراد بالقيمه التى يضمنها له قيمه يوم التلف، لأنه ليس أسوء حالا من الغاصب.

نعم لو كان التفاوت لنقص فى العين، اتجه ضمان الأعلى لكون الأبعاض مضمونه عليه كالجمله، و تعذر الرد للغصب و نحوه كالإتلاف كما هو واضح. و عن المبسوط، و التحرير، أنه إذا جنى العبد و بيع فى الجنايه يرجع بقيمته، و هو كذلك، إذ إتلاف العبد نفسه كالتلف بآفه فى الضمان، لكن قيل إن ذلك منهما محمول على الغالب من البيع بالقيمه، و لا بأس به. نعم الظاهر أن للمالك إلزام الراهن بالفك فى الخطأ بل و العمد مع رضى المجنى عليه بذلك، و لم يسترقه و لو بالأزيد من قيمته ما لم يصل إلى حد يقبح الإلزام به.

هذا كله فى غير البيع بالرهن، أما هو فإن باعه المرتهن حيث يجوز له ذلك بقيمته رجع بها على المستعير، و إن كان بأنقص مما يتغابن بمثله رجع بها تامه، و لو بيع بأكثر من ثمن مثله، كان له المطالبه بما بيع به لأن الثمن ملكه، و قد

أخـذ فی الـدین، و فی المسالـک «أن ما فی المتن أجود مما فی القواعـد من التعبیر بالرجوع بأکثر الأمرین من القیمه و ما بیع به، لإیهامه إمکان بیعه بـدون القیمه، و هو ممتنع لعـدم تصور بیعه علی وجه یصـح بنقصان من قیمته؛ بخلاف الزیاده، لإمکان اتفاق راغب فیها تزید عن ثمن المثل، بحیث لولا ظهوره لما وجب تحریه، لکونه علی خلاف العاده المعروفه فی ثمن مثله.

و ربما فرض نقصان الثمن عن القیمه مع صـحه البیع بسـبب قله الراغب فی الشـراء مع کون قیمه المال فی ذلک الوقت و المکان عنـد ذوی الرغبه أزید مما بذل فیه، و یشـکل بأن المعتبر فی القیمه ما یبذل فی ذلک الوقت، لا ما یمکن بذله فإن کان الذی باع به المرتهن یسوغ البیع به لم یثبت للمالک سواه، و إلا لم یصح البیع».

قلت: یمکن فرضه بمـا عرفت من البیع بمـا یتغابن بمثله، کما أومی إلیه فی الـدروس قال: «لیس للمرتهن بیعه بـدون إذن، إلا أن یکون وکیلا شـرعیا أو وصـیا علی القولین، فلو امتنع الراهن من الإذن أذن الحاکم، و یجب علی الراهن بـذل المال، فإن تعـذر و باعه ضـمن أکثر الأمرین من قیمته، و لو بیع بأقل من قیمته بما لا یتغابن به، بطل، و إن کان یتغابن به کالخمسه فی المأه صـح، و ضمن الراهن النقیصه علی قول العاریه، و علی الضمان لا یرجع، لأن الضمان یرجع بما غرمه».

و هو صـریح فیما قلناه من ضـمان الراهن نقیصه التغابن، و إن صح البیع، لکن قد یوهم أول کلامه اکتفاء المرتهن فی صحه البیع بـإذن الراهن الـذی هو المسـتعیر، و الظـاهر اعتبـار إذن المالـک معه، و إن کـان لا یجوز له الامتناع، و لو امتنع قام الحاکم مقامه کـالراهن المالک، و من هنا لم یقـدح إذنه فی البیع فی جواز رجوعه بمقـدار التغابن، لأن إذنه باعتبار لزومها علیه، کعـدم الإذن کما هو واضح.

و لو اقتصر المرتهن علی إذنه فی البیع و الوفاء لم یکن له الرجوع علی الراهن لأنه کالمتبرع بقضاء الدین حینئذ، کما أنه لا یصح البیع لو اقتصر علی إذن المستعیر لعدم کونه مالکا، و الإذن بالرهانه أعم من الاذن فی البیع فتأمل جیدا.

و كيف كان فالمعروف بين الأصحاب عدم دخول زوائد الرهن الموجوده حال العقد التى لا تدخل فى اسمه الذى هو مورد عقد الرهن لغه و لا عرفا و لا شرعا، و لا تتبعه فى العقد عليه فى أحدهما، بل فى التنقيح الإجماع عليه، كما عن الانتصار ذلك أيضا لكن فى خصوص الحمل، و هو الحجه بعد الأصل، خلافا للمحكى عن الإسكافى «فتدخل» و هو واضح الضعف، بل فى التنقيح انعقد الإجماع بعده على خلافه نعم ربما قيل بدخول نحو الصوف و الوبر و الشعر على ظهر الحيوان و نحو ذلك مما هو جزؤه بل عن التذكره أنه استقربه، و تردد فيه، و فى دخول الأس تحت الجدار، و المغرس تحت الشجره، و اللبن، و الضرع، و الأغصان فى الشجر، فى القواعد.

و الظاهر دخول الصوف و شبهه إذا لم يكن مستجزا بل لعله ليس من محل البحث و التردد إذا كان جزءا مما جعل عنوانا للرهن، إنما الكلام فى المستجز مع كون العنوان الحيوان، و قد سمعت ما عن التذكره من الدخول، نحو ما عن التحرير و جامع المقاصد، لكونه جزء حقيقه من الحيوان، و إنما يخرج عن الجزئيه بعد الانفصال و هو قوى، اللهم إلا أن يدعى تعارف خروجه فى عقد الرهن و نحوه.

و أما الأس فإن أريد به بعض الجدار المستور الذى هو أصل البناء، فقد يقوى دخوله، لأنه بعض مسمى اللفظ و كونه مستورا غير قادح، و إن أريد به موضع الأساس كما عساه يومى إليه ذكر المغرس بعده، فالأقوى عدم دخوله؛ كما عن التذكره و غايه المرام، لعدم تناول اللفظ له؛ و دعوى دلالته عليه بالالتزام على وجه يدخل فى الرهانه ممنوعه.

و منه يعلم الحال فى المغرس؛ و استحقاق المرتهن إبقاءه على الراهن؛ لتوقف التوثق عليه؛ أو اسم الجدار مثلا- لا- يقضى بالرهانه؛ و منه يعلم عدم دخول الجدران فى رهنيه السقف، و إن كان لا يمكن بقاؤه بدونها فتأمل جيدا.

و أما اللبن فقد يقوى عدم دخوله خلافا للمحكى عن حواشى الشهيد؛ لعدم دخوله فى مسمى اللفظ؛ و ظهور انصراف الرهانه إلى غيره، و دعوى أنه كالجزء و من جمله رطوبات البدن واضحه المنع، بل لو قيل: بدخوله فى البيع و الهبه و نحوهما

أمكن الفرق بينهما، و بين الرهن فی ذلک عرفا، فلا وجه لبناء المسأله هنا علی ذلک و لا إشکال فی دخول الأغصان الرطبه و نحوها مما لم تجر العاده بقطعها، بل عن الإیضاح أنه لا خلاف فیه، بل قد یقوی دخول الیابسه و ما جرت العاده بقطعه، لأنها بعض المسمی، إلا أن یتعارف الخروج فی الرهن.

و الضابط خروج کل ما لا یدخل تحت مسمی اللفظ إلا أن یتعارف دخوله، و دخول کل ما هو بعض مسماه، إلا أن یتعارف خروجه، و حظ الفقیه من ذلک الإجمال مع أنه قد تقدم فی بحث ما یندرج فی المبیع ما یستفاد منه تمام التفصیل فی ذلک، فراجع ملاحظا للفرق بین الرهانه و البیع فی بعض الجزئیات.

و قد ظهر حینئذ من ذلک کله أنه إذا رهن النخل لم تدخل الثمره، و إن لم تؤبر لعدم تناول اللفظ لها، و الدخول فی البیع، لدلیل مخصوص لا یقتضی به هنا، بعد حرمه القیاس عندنا، فلا فرق حینئذ بین ثمره النخل و غیره، و خصه هنا تنبیها علی خلاف بعض العامه و کذا لو رهن الأرض لم یدخل الزرع و لا الشجر و لا النخل لعدم تناول اللفظ و لو قال: بحقوقها ضروره عدم کونها من حقوقها، خلافا للمحکی عن الشیخ فتدخل حینئذ، و لا ریب فی ضعفه.

فمن الغریب قول المصنف هنا أنه لو قال ذلک دخل کل منها و فیه تردد، ما لم یصرح بل لم أجد أحدا غیره تردد فیه. نعم لو قال و ما اشتملت علیه و نحو ذلک مما هو صریح فی الدخول أو ظاهر کان متجها، و قد تقدم الکلام فی نحو ذلک فی البیع و کذا لا یدخل ما ینبت فی الأرض بعد رهنها سواء أنبته الله سبحانه أو الراهن أو الأجنبی إذا لم یکن الغرس من الشجر المرهون بلا خلاف أجده فیه، بین من تعرض له، لعدم کونه من نماء الأرض حتی یأتی فیه ما تقدم، إلا أنه لا یخلو من إشکال فی بعض أفراده، کالحشیش و نحوه مما یظهر منهم فی غیر المقام الحکم منهم بملکیته لصاحب الأرض لأنه نماء أرضه.

نعم هو کذلک فی بعض أفراده مما لا یعد نماء لها، و إنما هی من معدات وجوده و دعوی أن جمیع ما ینبت فیها کذلک لا تخلو عن نظر، و تحقیق البحث فی ذلک فی

مقام آخر، و أما إذا كان الغرس من الشجر المرهون مثلا فهو باق على الرهنيه، لا أنه يدخل فى الأرض من حيث أنه نماء.

و هـل يتوقف غرسه حينئـذ على إذن المرتهن؟ احتمله فى المسالك، لأنه تصـرف فى الرهن و انتفاع به، و قـد يقوى العـدم، لأنه مصـلحه له و زيـاده فى قيمته، كالسـقى و الـدواء و نحوهمـا، نعم لو أضـر بالأـرض فلا ريب فى توقفه على إذنه، و كـذا لو كان الغرس من غير المرهون، و أطلق فى الدروس المنع من الزرع و إن لم تنقص به الأرض حسـما للماده، و هو لا يخلو من اشكال، خصوصا إذا كان فى الزرع مع ذلك مصلحه للأشجار و النخل، بل ربما يتضرر الراهن بالترك فتأمل جيدا.

و كيف كـان ف هـل يجبر الراهن على إزالته؟ أى ما نبت فى الأرض بفعله أو بفعل الله أو بفعل أجنبى قيل: كما عن المبسوط و التـذكره لاـ يجبر على الإـزاله و قيـل كما فى القواعـد، و محكى المختلف و الإيضاح و غايه المرام، و جامع المقاصـد، نعم يجبر على إزالته و هو الأشـبه عنـد المصـنف، لأـن الإبقـاء و لو كان الأصل من غيره تصـرف منهى عنه، فهو كالمتاع الموضوع فى دار الغير، و فيه منع عد مثل ذلك تصرفا.

و من هنـا مـال فى المسالـك إلى التفصـيل بين مـا كان من فعله فالأقوى إزالته و بين ما كان من فعل غيره فلا يجب، قال «: و قد يفرق بينه و بين المتاع بأن وضع المتاع منه فهو سبب فى بقائه بخلاف ما أنبته الله».

و فيه أنه يمكن أن يريـد الأـول وضع المتـاع من غيره، فكـان اللائق فى رده التزام عـدم وجوب الإزاله فيه أيضا، أو إبـداء الفرق. كما أن كلمات الأصـحاب لا تخلو من إجمال فى المقام، حيث لم يفرقوا بين ما كان للنابت أمد ينتظر كالزرع و عدمه، خصوصا إذا كـان أمـده قبـل حلول الـدين، و لاـ فى الإجبـار على الإـزاله قبـل حلول الـدين و بعـده، مع أن المحكى عن الإيضاح، و غايه المرام، إيجاب إزاله الزرع عند انتهاء المده عاده.

و فى الـدروس «ليس له إلزامه بالإزاله قبل حلول الدين لعدم تعديه، فإن احتيج إلى البيع قلعه» فإن بيعا ففى توزيع الثمن ما تقدم فى بيع الأمه و ولدها، و لم يفرقوا أيضا فى الإزاله بين ما كان فيه ضـرر على الراهن و عدمه، و جميع ذلك محل للنظر. و من هنا أمكن أن يقال إن الإنبات إذا كان من فعل الله لم يجبر على القلع فى الحال، لإمكان أن يؤدى الـدين من محل آخر، و هذا البقاء له لا منه، فإذا دعت الحاجه إلى البيع فإن قام ثمن الأرض لو بيعت وحـدها بالـدين لم يسـتحق القلع، بل و كذا لو لم يقم، إلا أنه لم تنقص قيمه الأرض بما نبت فيها، و لم يحصل ضرر على الراهن بذلك.

نعم إن نقصت و لم تف بالدين فقد يتجه حينئذ القلع للمرتهن، إلا إذا أذن الراهن بالبيع مع الأرض و الفرض عدم النقص بذلك عليه أيضا، فيباعان و يوزع الثمن عليهما كما أومى إليه فى الدروس، بل ربما قيل إنه إذا كان محجورا عليه بالفلس تعين البيع مع الأـرض و لم يجز القلع، لتعلق حق الغرمـاء، و يوزع الثمن عليهم، فـإن نقصت قيمه الأـرض بسـبب الأشـجار حسب النقصان على الغرماء، لأن حق المرتهن فى الأرض فارغه، و إنما منع من القلع رعايه لجانبهم، بل ينقدح من ذلك الإشـكال فى القلع فى بعض الأـحوال، و إن كـان الإنبات من فعل الراهن كما إذا لم يكن ضـرر على المرتهن بوجه من الوجوه، و خصوصا إذا أراد القلع قبل حلول الحق، إذ دعوى أنه ظالم و لا حق لعرقه فى نحو ذلك لا يخلو من إشـكال و عن التـذكره أنه أطلق عدم الإجبار على القلع قبل حلول الحق، لإمكان قضاء الدين من الغير، فمن اللازم التأمل فى شقوق المسأله فى المقام و الله أعلم.

و لو رهن لقطه مما يلقط كالخيار، فإن كان الحق يحل قبل تجدد الثانيه صح بلا خلاف و لا إشـكال، لوجود المقتضـى و ارتفاع المـانع و إن كـان متـأخرا تـأخرا يلزم منه اختلاـط الرهن بحيث لا يتميز قيل كما عن المبسوط و موضع من التـذكره يبطل لتعـذر الاستيفاء بسبب عدم التميز، و لعدم صحه البيع عند الأجل للجهل.

و الوجه أنه لا يبطل وفاقا للفاضل فى غيرها، و ولده و الشهيدين، و المحقق الثانى، و غيرهم على ما حكى عن بعضهم، لإمكان الاستيفاء مع المضايقه من الراهن بالقسمه معه، و لو بالصلح قهرا.

و منه يعلم اندفاع الثانى، على أنك قد عرفت سابقا عدم اعتبار إمكان خصوص البيع فى الرهن، بل يكفى الصلح، لأن كلا منهما طريق لاستيفاء الدين، مضافا إلى اعتبار إحراز الشرائط فى الرهن حال الرهانه، و الأمور العارضه لا تقدح بعد فرض وجود طريق للتخلص، و لو اشترط القطع عند تجدد الثانيه فالظاهر الصحه، كما عن المبسوط التصريح بها. هذا إذا وقع المزج بعد القبض، أما لو وقع قبله، فعن الدروس أن الأقرب الفسخ و البطلان، و هو كذلك، بناء على اعتبار القبض فى الصحه و فرض تعذره، و كذا البحث فى رهن الخرطه مما يخرط و الجزه مما يجز و الله أعلم.

و إذا جنى العبد المرهون عمدا تعلقت الجنايه برقبته بلا خلاف و لا إشكال و كان حق المجنى عليه أولى به من حق المرتهن المتعلق بالذمه مع العين، بخلاف حق الجنايه المقدم على حق المالك الذى هو أولى من المرتهن، بل لم يتوقف استيفاؤه على استيذان المالك فى جنايه العمد، بخلاف حق الارتهان فله حينئذ أن يقتص فتبطل الرهانه إن كان فى النفس، و إلا اقتص و بقى الباقى رهنا، و له أن يسترقه أو يبيعه مع استيعاب الجنايه، و إلا فمقدارها، بل ليس له إلا أحدهما إذا كانت الجنايه العمديه مما توجب أرشا لا قصاصا.

و إن كان قد جنى خطأ فان افتكه المولى أو غيره بقى رهنا لأصاله الرهانه و إن سلمه و لم يتبرع متبرع فى فكه حتى المرتهن كان للمجنى عليه منه بقدر أرش الجنايه، و الباقى رهن، و إن استوعبت الجنايه قيمته، كان المجنى عليه أولى به من المرتهن لما عرفت فيسترقه أو يبيعه، و تبطل الرهانه، و لو اتفق حصول راغب فيه فزاد ثمنه عن الجنايه كان الباقى منه رهنا.

و الظاهر أن له إلزام المجنى عليه بالبيع، مع بذل الزياده، لتكون رهنا و لو

كـان الـواجب دون قيمه العبـد، و لكن تعـذر بيع البعض أو انتقصت القيمه به بيع الجميع و الفاضـل من الثمن عن الجنـايه يكون رهنا، كما لو اضـطر الى بيع الرهن، و لا فرق فى ذلك كله بين كون الجنايه من العبـد ابتداء، أو بأمر السـيد، و إن كان مكرها له عندنا، لعدم التقيه فى الدماء، إلا أنه يحبس المكره حتى يموت.

نعم لو كان العبـد غير مميز أو أعجميا يعتقد وجوب طاعه السـيد فى جميع أوامره، فعن التذكره و قصاص المبسوط و غيرهما أن الجانى هو السيد، و عليه القصاص أو الضمان، بل فى الأول لا يتعلق برقبه العبد شى ء، فيبقى رهنا، و إن كان السيد معسرا، خلافا للعجلى و خلاف الشـيخ، فأسقطا القود عن الآمر أيضا، إذا كان المأمور صغيرا لعدم قتله، و يأتى إنشاء الله تعالى تحقيق ذلك فى محله.

و لو جنى على مولاه عمدا فان كانت طرفا اقتص منه لعموم الأدله و أولويه السـيد من الأجنبى فى ذلک، لعظم حقه على العبد، و لا ينافيه عدم القطع بالسـرقه، إذ لعله لأنه مشـروط بسـرقه ما لا شـبهه فيه، و العبد له شـبهه فى مال سـيده، و هو غير محرز عنه فى العـاده و على كل حال ف- لا يخرج عن الرهانه بـذلك للأصل، و لو كانت الجنايه نفسا جاز للوارث قتله و له العفو فيبقى رهنا، و ليس له العفو على مـال كـالمورث فيبقى رهنـا، أمـا لو كانت خطأ أو عمـدا يوجب مالا لم يكن لمولاه عليه شـى ء و بقى رهنا لعدم استحقاقه على ماله مالا بلا خلاف أجده فى شى ء من ذلك بل و لا إشكال.

و لو كـانت الجنـايه على من يرثه المالـك ثبت للمالـك مع موت المجنى عليه مـا ثبت للموروث من القصاص قطعا فى نفس أو طرف أو انتزاعه (۱۱) من الرهانه فى الخطأ (۱۲) أو العمد إن اسـتوعبت الجنايه قيمته، أو إطلاق ما قابل الجنايه إن لم تسـتوعب (۱۳) و يبقى البـاقى رهنـا بلا- خلاف أجـده بين من تعرض له، و كان الفرق بينه و بين الجنايه على المولى- مع أن الحق للمولى فى الموضـعين- أن الواجب فى الجنـايه على المولى له ابتـداء، و يمتنع أن يجب له على مـاله مـال كمـا تقـدم، أمـا الجنـايه على موروثه فالحق فيها ابتداء للمجنى عليه، و إنما ينتقل الحق إلى الوارث

من الموروث و إن كانت ديه، لأنها محسوبه من تركته، يوفى منها دينه، و تنفذ وصاياه و كما لا يمتنع ثبوت مال لمورث المولى على عبده، لا يمتنع انتقاله عنه إليه، فيفكه عن الرهن لذلك.

فما عن بعض الشافعيه- من الحكم بسقوط المال بانتقاله إلى سيده، و يبقى رهنا قياسا على ما لو كان المال للسيد ابتداء- ضعيف، لما عرفت من أن الانتقال للسيد من الموروث، لأن الديه تنتقل إلى الميت فى آخر جزء من أجزاء حياته و لو فى جنايه العمد فى قول، و على الأصح فيه ينتقل معوضها الذى هو القصاص، و لذا حسبت مطلقا من تركته، ففى الحقيقه ملك السيد للعبد بذلك جديد، غير الملك الأول الذى كان به رهنا، و قد تقدم سابقا بعض الكلام على هذه المسائل فلاحظ و تأمل.

و لو جنى على عبد مولاه فكالجنايه على مولاه فى العمد و الخطأ، إذا لم يكن المجنى عليه مرهونا عند غير مرتهن الجانى، و الا جاز له العفو على مال فى العمد، و هو رقبه العبد و تعين عليه ذلك فى الخطاء و فيما لا قصاص له من العمد، و لا يقدح فى ذلك قاعده عدم استحقاقه على ماله مالا بعد أن كان المسلم منها غير الفرض الذى للغير تعلق به.

بل قد يقال: إن الاستحقاق فيه فى الحقيقه لمرتهن المقتول و ان كان هو يقدم عليه لو أراد القصاص، أما مع عدم ارادته فيستحق على العبد القاتل ديه المقتول- لتكون رهنا، و ليس إلا نفسه فينتزع و تكون رهنا قهرا، نحو قيمه الرهن المتلف، أو يباع بها و تجعل هى رهنا، و ليس ذلك بأعظم من جنايه المولى نفسه على المرهون فإنه يضمن قيمته للمرتهن رهنا، و إن كانت الجنايه على ماله.

بل قد يقال بتعين العفو له على مال فى الأول أيضا، و إن قلنا أن جنايه العمد توجب القصاص لأحد الأمرين، إذ الظاهر اختصاص ذلك بالحر دون العبد الذى صرح غير واحد من الأصحاب بأنه إذا قتل الحر(۱)عبدا كان الولى مخيرا

---

۱- ۱ هكذا فى النسخ. و الظاهر- إذا قتل العبد حرا.

بين القصاص و الاسترقاق، بل قيل: إنه كـذلك قولا واحـدا، بل الظاهر إلحاق جنايه الأطراف بالنفس، و من هنا يظهر لك أنه لا ينبغى بنـاء جواز العفو له على غير مـال، على القولين المزبورين، فيصـح على الأول، لأن اختيار المال ضـرب من الإكتساب، و لا يجبر الراهن على ذلـك لحق المرتهن، بـل لو عفى مطلقـا لم يثبت المـال حينئـذ، و لاـ يصـح على الثانى، لأن عفوه حينئـذ كعفو المحجور عليه لفلس لا ينفذ الا فيما لا تعلق فيه للمال، إذ قد عرفت ان ذلك فى الحر.

ثم إن كان الواجب فى الجنايه أكثر من قيمه القاتل أو مثلها، فعن الشيخ أنه يباع لأنه ربما رغب فيه راغب، فيفضل من قيمته شى ء يكون رهنـا عنـد مرتهنه. و عن بعض العامه و محتمل التحرير، أنه ينقل عينه إلى مرتهن المجنى عليه، لعـدم الفائـده فى بيعه، و ربما رجـح الأول بأن الحق فى ماليه العبد لا عينه التى لم يجبر الراهن عليها، و إنما تعلق بها حق مرتهن المقتول بسـبب الجنايه، و إن كان الواجب الأقل فبالنسبه، نقلا أو بيعا على الوجهين أيضا.

قلت: إن اتفق الثلاـثه على نقـل العين أو البيع فلاـ بحث، و قـد يحتمل صـيروره الزائـد رهنا فى الأول لو تجـددت زياده قيمته، و الأـقوى خلاـفه مع بطلاـن رهـانته حـال النقل، إذ لا دليل على عودها فى المتجـدد، و إن اتفق الراهن و مرتهن المقتول على أحد الأمرين، لم يكن لراهن القاتل منعهما منه، سواء كان بيعا أو نقلا، إلا إذا وجد الراغب الباذل للزياده على قيمه المقتول، فله حينئذ الإلزام بالبيع، أو إبقاء ما قابلها منه رهنا عنده، و لو اتفق المرتهنان على أحد الأمرين، كان للراهن مخالفتهما لأن حق الجنايه له.

و احتمال أن لمرتهن القتيل الإلزام بالبيع-، لأن الـديه المسـتحقه نقـدا و الإلزام بالنقد، لأن الاسـتحقاق حينئذ له، و إلا فالمولى لا يستحق على مملوكه- ضعيف لأن استحقاقه تبع لاستحقاق المولى لو كان غير مالك، فالمتجه حينئذ كون التخيير بيد المولى فى البيع أو النقـل، بنـاء على ثبوت ذلـك للمولى غير المالك، و ثبوت حق الرهانه فى رقبه الجانى قهرا- لعموم ما دل على أن جنايه العبد فى رقبته، الشامل

لمثل حق الرهانه-، لا- ينافی ضروره کون ثبوته مراعی بحق المولی المفروض تخیره بین القصاص، و النقل للعین و البیع، بل الظاهر أن المراد بالبیع الکنایه عن قیمه العبد لا خصوص البیع، و حینئذ فللمولی دفع القیمه لمرتهن المجنی علیه، و فک الجانی من الرهانه، بعد عدم اختیاره القصاص أو النقل للرهانه، و الأمر فی ذلک کله سهل.

انما الکلام فیما هو ظاهر من تعرض لهذا الفرع من الأصحاب من بطلان رهانه القاتل، مع أنه لا داعی إلیه، إذ یمکن القول باجتماع الرهانتین، و إن قدم فی الاستیفاء مرتهن المقتول، لمکان حق الجنایه، و تظهر الثمره فیما لو فک منه و فی غیره، اللهم إلا- أن یقال: إنه لما کان القاعده عدم استحقاق المولی علی عبده مالا، إلا أنه هنا لمکان تعلق حق الارتهان فی المقتول کان للمولی حینئذ حکم الأجنبی الذی له الاسترقاق و البیع، و إبطال حق المرتهن، فلما تعذر الاسترقاق حقیقه بالنسبه إلیه لأنه تحصیل الحاصل اعطی لازمه، و هو الانتزاع و إبطال الرهانه، و لکن للبحث فیه مجال، و المسأله غیر محرره فی کلام الأصحاب.

و أما إذا کان المقتول رهنا عند مرتهن القاتل، فإن کان علی حق واحد فالجنایه هدر، و إن تعدد قیل: و کذا إن تعدد و تساویا جنسا و قدرا و تساوت القیمتان، إلا أن یکون دین المقتول أصح و أثبت من دین القاتل، کأن یکون مستقرا و دین القاتل عوض شی ء یرد بعیب أو صداق قبل الدخول، فله حینئذ النقل أو البیع علی أحد الوجهین السابقین للرهانه علیه، و کذا إن تعدد الدینان و اختلفا بالحلول و التأجیل أو فی طول الأجل و قصره.

أما إذا أنفقا فیه فإما أن یتفقا جنسا و قدرا، أو یختلفا، فإن اتفقا و اختلف العبدان فی القیمه، و کانت قیمه المقتول أکثر، فالجنایه هدر، لانتفاء الفائده کما لو تساویا، و إن کانت قیمه القاتل أکثر منه نقل قدر قیمه القتیل إلی دین القتیل، و بقی الباقی رهنا بما کان.

و إن اختلف الدینان قدرا لا جنسا، فإن تساوت قیمه العبدین أو کان القتیل

أکثر قیمه، فإن کان المرهون بأکثر الـدینین القتیل فله التوثق بالقاتل، لأن التوثق لأکثر الـدینین فی نفسه فائده مطلوبه، بخلاف ما لو کان القتیل مرهونا بأقله فلا فائده فی النقل حینئذ.

و إن کـان القتیل أقل قیمه کان مرهونا بأقل الـدینین فلا فائـده فی النقل، و إن کان مرهونا بأکثر نقل من القاتل قـدر قیمه القتیل إلی الـدین الآخر و یبقی الباقی رهنا، و إن اختلف الـدینان فی الجنس، فهو کالاختلاف فی القـدر أو فی الحلول و التأجیل، هـذا حاصـل مـا ذکروه، و مرجعه إلی حصول الفائـده للمرتهن فی نقـل الرهـانه، و عـدمها إلاـ ان ما قـدمناه سابقا من البحث آت فی المقام، بل لعله أولی من السابق.

بل قـد یشـکل أیضا بأنه لا مـدخلیه للفائـده و عـدمها فی النقل القهری للرهانه، باعتبار اقتضاء الجنایه ذلک و له ثمرات، فإنه بناء علی ذلک لو اتفق وفاء دین الجانی بإبراء و نحوه لم یقدح فی بقائه رهنا علی دین المجنی علیه، و إن کان مساویا له فی القدر و الجنس و الحلول مع تساوی قیمتی العبدین، بخلافه علی تقدیر عدم انتقل فإنه تمضی الرهانه إلی غیر ذلک مما یظهر لک بأدنی تأمل بعد الإحاطه بما ذکرناه من کون الانتقال إلی الرهانه قهریا بسبب الجنایه.

ثم إن الکلام فی نقل العین أو القیمه یأتی مثله هنا أیضا، لکن عن التحریر أنه جزم فی هذه المواضع بالبیع، و جعل الثمن رهنا، و لعله یریـد أن له ذلک لا تعیینه بل ربما قطع بکون المراد ذلک، کما أن ما فی القواعـد فی أصل المسأله یمکن إرادته ما ذکرنا، و إن أطلق هو، قـال «و لو جنی علی عبـد مولاه، فکمولاه- أی فکالجنایه علی مولاه- إلا أن یکون رهنا من غیر المرتهن، فله قتله و یبطـل حـق المرتهنین، و العفـو علی مـال فیتعلق به حق المرتهن الآـخر، و لو عفی بغیر مـال فکعفو المحجور علیه، و لو أوجبت أرشا فللثانی، و لو اتحد المرتهن و تغایر الدین فله بیعه، و جعل ثمنه رهنا بالدین الأخر».

بنـاء علی أن المراد من المغایره مجرد عـدم کون الـدین واحـدا، بل و کـذا عباره الـدروس فی الاکتفاء بمطلق التغایر، قال: «و لو اختلف الدینان جاز نقل ما قابل

الجنايه بـدلا من المجنى عليه لمرتهنه» بناء على أن المراد بالاختلاف نحو ذلك، و قـد نقلناها سابقا و جمله من فروع المقام عند البحث فى رهانه الجانى و الأمر سهل و الله أعلم.

و لو أتلف الرهن متلف كلا أو بعضا الزم بقيمته و لو الأرش.

و تكون رهنـا بلا خلاف أجـده فيه، بل و لا إشـكال، لأن حق الرهانه متعلق بالعين و قـد جعل لها الشارع بالتلف بـدلا، فيتعلق به كمـا هو مقتضـى البـدليه، و لأن معنى الرهن الاستيثاق بالعين، ليسـتوفى الـدين من قيمته، و إن كان العقـد إنما جرى على العين، فوسوسه بعض النـاس فى هـذا الحكم فى غير محلهـا، بـل الحكم ذلـك و لو كـان الـذى أتلفه المرتهن لعـدم دلالـه إتلافه على إسقاط حق رهانته، كما أن عدم ضمان المالك لماله لا يسقط حق المرتهن، لو كان المتلف المالك كما هو واضح.

لكن لو كـان المرتهن وكيلاـ فى الأصـل على بيع أو غيره لم يكن وكيلا فى القيمه، لأن العقـد لم يتناولها و لم يكن حق الوكاله من الأمور المتعلقه بالعين على حسب الرهانه، و لعل الاستيـداع كـذلك، كما صـرح به فى المسالك، فلم يفرق بين الوكاله على البيع أو على الحفظ فى البطلان مع التلف، لكن فى التذكره و غيرها أن للعدل حفظ القيمه، لأنها بدل الرهن، و له إمساك الرهن و حفظه، و القيمه قـائمه مقـامه، و ليس له البيع لبطلاـن وكـالته فيه، و فيه مـا عرفت من ان الوكـاله منوطه بما عينه المالك الـذى يختلف أغراضه فى الاستيمان على الأموال، و بيعها باختلاف الأشـخاص، فقد يسـتأمن على عين، و لا يستأمن على قيمتها، و كذا البيع، فالفرق بينهما لا يخلو من نظر، فتأمل جيدا و الله أعلم.

و لو رهن عصيرا جـاز بلاـ خلاـف، بـل عن المبسوط الإجمـاع عليه، لأـنه عين مملوكه يجوز بيعهـا إجماعـا بقسـميه، و احتمـال صيرورته خمرا قبـل حلول الحق غير قـادح كرهن المريض. نعم لو علم ذلك اتجه المنع ما لم يعلم انقلابه خلا، و إلا جاز أيضا، بل قد يقال بجوازه بدونه، على نحو ما سمعته فى رهن ما يسرع اليه الفساد قبل

الحلول، فلاحظ و تأمل.

و على كـل حـال ف إن صـار خمرا فى يـد المرتهن بطل الرهن عنـدنا، للخروج عن الملكيه التى هى شـرط صـحته، خلافا لأبى حنيفه فلم يبطل الملک و لا الرهانه، قياسا على العبـد المرتـد، و هو باطل عندنا، مع أن الفرق بينهما بمعلوميه عدم ملک المسـلم الخمر، و عدم جواز التصرف له فيه دون المرتد واضح، ف لا ريب فى أن التحقيق ما قلنا.

نعم لو عاد خلا عاد إلى ملک الراهن بلا خلاف أجده بيننا، إلا ما تسـمعه من المحكى عن أبى الصلاح و هو شاذ، لرجحانه على غيره بالملک السابق، و اليد المسـتمره، إذ يد المرتهن من آثار يد المالک، و للسـيره و للإجماع، بل الضروره على ملک الخل و جواز اتخاذه، مع أن العصير لا ينقلب إلى الحموضه إلا بتوسط الشده، على ما صرح به فى التذكره و جامع المقاصد و المسالک، فلو لم يعد بالخليه إلى الملک لم يملک الخل من اتخذه حينئذ، مضافا إلى الشک فى اندراج الفرض فى المباح الذى يملكه من اسـتولى عليه، فلا بـد من دخوله فى ملک أحد حال تخلله، و لا ريب فى رجحان المالک السابق على غيره، و إلى غير ذلک مما يظهر من التأمل فيما ذكرناه، فإذا عاد إلى ملک الراهن عادت الرهانه حينئذ معه، بلا خلاف أجده لأن العائد الملک السابق الذى كانت الرهانه متعلقه به، لا أنه ملكه بسبب جديد.

و فى التـذكره «معنى قولنـا يبطـل الرهن، لا- نريـد به ارتفـاع أثره بـالكليه، و إلا- لم يعـد الرهن بـل المراد ارتفاع حكمه ما دامت الخمريه ثـابته» و تبعه فى جـامع المقاصـد و المسالـک، و المراد أن العلاـقه بـاقيه، لمكان الأولويه، ففى الحقيقه الرهن و الملک موجودان بـالقوه القريبه، لأن تخلله متوقع، و إنما الزائل كونه رهنا و ملكا بالفعل لوجود الخمريه المنافيه لـذلک، فيكون البطلان مراعى ببقـائه كـذلک، أو بتلفه لا- على جهه الكشف كما عن بعض الشافعيه، فيبين عـدم البطلان بالعود خلا و الأظهر بطلانه بل على إراده عود حكم الرهانه الاولى ابتداء من دون استيناف عقد رهانه جديدا،

كما عن بعض آخر من الشافعيه.

و لا استبعاد فى مشروعيه ذلك بعد وقوع النظير له فى الشريعه، كإسلام زوجه الكافر التى تخرج به عن حكم العقد إذا أسلم قبل انقضاء العده، و كذا إذا ارتد أحد الزوجين، بل من نظيره ما إذا اشترى المرتهن عينا من الراهن بدينه فتلفت قبل القبض، أو تقايلا بعده، بناء على عود الرهانه بانفساخ البيع، و حاصله أن عقد الرهانه لم يبطل بالخمريه حتى يقال: أنه لا بد من استينافه، بل الخمريه صارت مانعه من جريان حكم العقد، فمتى زالت عمل العقد عمله، و دعوى أن استدامه الملك شرط فى صحه العقد، يمكن منعها خصوصا مع ملاحظه كلام الأصحاب فى المقام، بل أقصى ما يسلم كونها شرطا فى استمرار حكم العقد، و حينئذ فما دل على عدم ملك الخمر لا يقتضى فساد الرهانه فتأمل جيدا.

و قد ظهر من ذلك كله أن ما عن أبى الصلاح- من أنه إن صار خمرا بطلت وثيقه الرهن و وجب إراقته- ضعيف إن أراد بذلك عدم العود إن عادت، بل و إن أراد عدم جواز إبقائها للتخليل، إذ الظاهر عدم الخلاف عندنا فى جوازه، و هى المسماه بالخمره المحترمه، كما ستسمع.

ثم إن كان الرهن مشروطا ببيع لم يكن للمرتهن الخيار فى الفسخ، و ان لم يتعقب التخليل، للوفاء بالشرط، و كذا إذا لم يقبضه، بناء على عدم اعتبار القبض فى صحه الرهن، و إن قلنا باعتباره فى اللزوم، و أما على القول بالاعتبار فى الصحه و لم يقبضه حتى صار خمرا فالظاهر البطلان، لعدم الشرط قبل تمام الرهانه بلا خلاف أجده بين من قال بشرطيه القبض، كما اعترف به فى جامع المقاصد، و إن كان قد ناقش هو فى ذلك بأنه لا مانع من الصحه مع تخلل الخمريه بين العقد و القبض الذى هو أحد أجزاء السبب، إذ دعوى- كون الشرط قابليه المورد للرهانه من أول العقد إلى حين تمام السبب- لا دليل عليها لكنها مناقشه مقطوع بفسادها بين الأصحاب فى جميع القيود المعتبر فى تمام السبب غيرها، كالتقابض فى الصرف، و القبض فى المجلس فى السلم، و القبض فى الهبه، و غير ذلك مما هو عندهم كأجزاء العقد التى لا إشكال

فی اعتبار الشرطیه فیها، و لتحریر ذلک مقام آخر، و حینئذ یتخیر المرتهن فی المقام فی فسخ البیع المشروط به، و لا تعود رهنا بعودها خلا، کما صرح به فی الدروس، إلا برهانه مستأنفه.

و لو اختلفا فی القبض هل کان قبل الخمریه أو بعده؟ قدم قول مدعی الصحه، و إن کان الراهن، کما تقدم البحث فی نظائره فی المباحث السابقه، و عن الشیخ أنه تردد فی ذلک من البناء علی الظاهر، و من أن القبض فعل المرتهن، فیقدم قوله فیه و هو فی غیر محله.

نعم لو کان الاختلاف فی أصل القبض لا فی صفته، کان القول قوله، لأصاله عدمه و من ذلک یظهر لک حینئذ ما فی التذکره من أن الأولی فی المسأله الأولی تقدیم قول المرتهن، حاکیا له عن الشیخ و أبی حنیفه و أحد قولی الشافعی، محتجا علیه بما هو واضح الضعف بأدنی تأمل، فلاحظ و تأمل.

و فی التذکره، أیضا «و لو انقلب المبیع خمرا قبل القبض فالکلام فی انقطاع البیع و عوده إذا عاد خلا علی ما ذکرنا فی انقلاب العصیر المرهون خمرا بعد القبض» و فیها أیضا فی موضع آخر قریب من ذلک، «و إذا اشتری عصیرا فصار خمرا فی ید البائع و عاد خلا- فسد العقد، و لم یعد ملک المشتری لعوده خلا، و الفرق بینه و بین الرهن، أن الرهن عاد تبعا لملک الراهن، و هاهنا یعود ملک البائع لعدم العقد، و لا یصح أن یتبعه ملک المشتری» و هو مناف لذلک الکلام فتأمل جیدا. و لعله لإمکان ان یکون ذلک من التلف قبل القبض، فینفسخ العقد حینئذ، و لا معنی لعوده، و إن کان فیه منع واضح کما ستعرف.

و کیف کان ف لو رهن مسلم من مسلم خمرا، لم یصح بلا خلاف و لا إشکال، کما تقدم الکلام فیه، و فیما إذا وضعه علی ید ذمی أو رهنه عنده أو بالعکس سابقا، لعدم الملکیه التی قد عرفت اشتراطها فی الرهن مما تقدم، و عدم جواز بیع المسلم إیاها من غیر فرق بین المحترمه و غیر المحترمه فلو انقلب فی یده أی المرتهن خلا فهو له لاستیلاء یده علیه، و لیست هی ید الأول، إذ الفرض

كون الرهانه فاسده، فهو حينئذ حال خليته مال لا مالك له، كباقى المباحات يملك حينئذ بالاستيلاء مع النيه، أو بدونها على القولين، لكن قد يناقش بأن أولويه الأول للملك السابق، فلا تعارضه يد الثانى بعد ما سمعت سابقا من الشك فى كون مثله من المباحات، و بأن فساد الرهانه لا ينافى كون اليد للأول، و أن المرتهن من فروعه، و خصوصا إذا كانت الخمر محترمه، و لعله لذا قال المصنف على تردد بل فى جامع المقاصد، و المسالك أن الأقوى كونها للأول، إذا كانت محترمه، بخلاف غير المحترمه، فإنه لا يد لأحد عليها.

و حينئذ فلو غصبها غاصب فتخللت فى يده كانت ملكا له، دون المغصوب منه، بل أطلق فى القواعد، و المحكى عن المبسوط، و الإيضاح، ملكيه الغاصب للخمر المتخلله فى يده لكن قد يناقش بما سمعت من أولويه الأول بالملك السابق، بل عن غصب التذكره ما يظهر منه الإجماع على أن الخمر المتخلله فى يد الغاصب للمغصوب منه حيث نسبه إلى مذهبنا، بل عن غصب الخلاف أنه لا خلاف فيه، اللهم إلا أن ينزل كلامهما على المحترمه، لعدم تصور الغصب فى غيرها، إذ لا سلطنه له عليها بخلافها فإن السلطنه ثابته عليها و يجب ردها، و بالتخليل يضمن المثل لو تلف، فحينئذ يعود الملك للأول بعودها خلا لأن يد الغاصب كعدمها.

و لعل الأقوى صيرورتها ملكا للأول على كل حال بالتخلل، للأولويه التى مبناها حصول المانع للسبب فى بعض الأزمنه، فيبقى الباقى على مقتضى عمله فيه، نحو ما سمعته فى العصير المرهون المنقلب خمرا ثم خلا، ضروره كون الجميع من واد واحد، فإن السبب الذى اقتضى الملك قبل الخمريه باق على حسب استعداده، و إنما منعه حال الخمريه ما دامت، باعتبار ما دل على عدم ملكها الذى لا يقتضى بطلان أصل السبب، بل أقصاه بطلان أثره ما دام المانع، فإذا زال عمل المقتضى مقتضاه.

و من هنا لم يشترط فى ملكيه الأول حصول يده عليه، لأن المملك له هو السبب الأول لا يده، و حينئذ فلا فرق بين المحترمه و غيرها، و بين المأخوذه قهرا من يده إذا

فرض تخللها و غيرها.

و يؤيـد ذلك ما تسـمعه إنشاء الله من عـدم الخلاف فى أنه لو غصب عصـيرا فصار خمرا فى يد الغاصب ثم صار خلا يعود على ملـك الأـول، ليس إلا لما ذكرناه، و منه يعلم الوجه فيما ذكره فى التـذكره أولا، فإنه لما صار خمرا فى يـد البائع لم يبطل أصـل السبب، بل بطل حكمه، فى أن الخمريه، نحو ما سمعته فى الرهانه، و فى إسلام أحد الزوجين، فلما زال المانع عمل السبب عمله.

و أما احتمال أنه من التلف قبل القبض، فيـدفعه منع كونه تلفا حقيقه، بل و لا حكما بعـد فرض العود إلى الخليه، و بـذلك يظهر الفرق بين حالى الابتـداء و الاسـتدامه ضـروره مشـروعيه المانع فى الثانى فى إسـلام أحد الزوجين و الارتداد و نحوهما، بخلاف الأول، فلا يجوز العقد على الخمر ابتداء مراعيا فى صـحته صيرورته خلا، ضروره كونه كتعليق السبب المعلوم بطلانه، فاتضح أن صحه مانع الاستدامه لا يستلزم الصحه فى الابتداء. كما أنه اتضح بهذا التحقيق ما فى جمله من الكلمات التى هى غير محرره و لا منقحه، حتى ما فى المتن.

نعم ليس كذا لك لو جمع جامع خمرا مراقا فتخللت فى يده إذ الظاهر كونها ملكا للثانى بلا خلاف أجده فيه بين من تعرض له، دون الأول، لإسـقاط حق أولويته منها بالإراقه الظاهره فى الإعراض الـذى يزيل حكم الملك الذى هو أقوى من الحق المزبور، و لاـ يقـدح حرمه الجمع على الجامع، إذ ليس حكمنا بملكه للجمع المزبور، بل لاستيلائه على العين حال التخليل الـذى صارت به مالا بلا مالك، لتكون كالمباحات، مع أن الظاهر عـدم الحرمه لو أراد الجمع للتخليل، فإن الظاهر صـحه إبقائها و حفظها لذلك، و من ثم سميت محترمه: أى يحرم غصبها و إتلافها على من فى يده.

بل فى المسالك لو لا احترامها لأدى ذلك إلى تعذر اتخاذ الخل، لأن العصـير لا ينقلب إلى الحموضه إلا بتوسط الشده، و نحوه فى جامع المقاصد و التذكره، قال فى الأخير: «الخمر قسمان، محترمه: و هى التى اتخذ عصيرها ليصير خلا، و إنما

كانت محترمه، لأن اتخاذ الخل جائز إجماعا، و العصير لا ينقلب إلى الحموضه إلا بتوسط الشده، فلو لم تحرم و أريقت فى تلك الحال لتعذر اتخاذ الخل، و الثانى:

غير محترمه: و هى التى اتخذ عصيرها لغرض الخمريه.

و قد استفاد بعض مشايخنا من هذه العبارات أنه لا بد من سبق الخمريه للخل فى عصير التمر و غيره، بل قال: ليس المراد من العصير ما استخرج ماؤه بالعصر، بل هو أعم منه فحينئذ ما يستعمله الناس من خل التمر و الزبيب لا يجوز استعماله إذا اشتد قبل الحموضه، و لنا معه بحث ذكرناه فى غير المقام، و على كل حال فما يظهر من المصنف من التردد فى كون المفروض ملكا للجامع فى غير محله، كالإشكال عن التحرير أولا، و قد بان من ذلك كله الفرق بين الجامع و الغاصب، فيملك فى الأول دون الثانى على الأصح.

و على كل حال ف ليس كذلك لو غصب عصيرا فصار خمرا فى يده ثم تخلل كذلك، فإنه لا خلاف كما فى المسالك و محكى غايه المرام فى عدم ملكيه الغاصب له، بل هو ملك للمغصوب منه، فيرجعه إليه، و يرجع أرش النقصان معه لو قصرت قيمته عن العصير، بل الظاهر وجوب دفعه إليه فى حال الخمريه، لأولويته، و إمكان إراده تخليله، إلا أن يعلم إرادته منه الشرب، فلا يجوز، و يرد معه مثل العصير، لإمكان عدم انقلابه خلا، فإذا عاد رده إليه، لأنه قد عاد ملكه إليه، و ان تغيرت صورته، و تمام الكلام يأتى فى باب الغصب إنشاء الله.

ثم ليعلم أن الخمر قد يذكر، كما عن القاموس و غيره، بل ظاهر المحكى عن المصباح المنير: أنهما على حد سواء، قال: الخمر معروفه يذكر و يؤنث، فيقال:

هو الخمر، و هى الخمر، و قال الأصمعى: الخمر أنثى و أنكر التذكير، كما أن ظاهره اختصاص الإنكار بالاصمعى المحجوج بنقل المثبت، بل تذكير المصنف و الفاضل و غيرهما من الأساطين الضابطين شاهد على خلافه أيضا، و الأمر سهل.

و لو رهنه بيضه فأحضنها فصارت فى يده فرخا كان الملك و الرهن باقيين،

و كـذا لو رهنه حبـا فزرعه بلاـ إشـكال فى كـل منهما، أما الأول فلأن هـذه الأشـياء نتيجه ماله، و مادتها له، فلم تخرج عن ملكه بالتغيير، و الاسـتحالات المتجدده صفات حاصله فيهما، و حصل بسببها استعدادات مختلفه، لتكونات متعاقبه خلقها الله تعالى فيها و وهبها له، و الأرض و الماء و الإحضان و نحوها من المعدات التى لا تخرج الماده عن ملك صاحبها.

و أما الثانى: فلأن الرهن تابع للعين كيفما تغيرت و تنقلت، إذ هو مشابه لصـفه الملك فى ذلك، و ليس معلقا على اسم البيضه و الحب حتى يزول بزوال الاـسم، كمـا هو واضـح، بل ليس ذا من مسأله النماءات التى فيها البحث السابق، بل هو كسـمن الـدابه و نحوه مما لا إشكال فى تعلق الرهن به، و احتمال تعلق الرهن بمقدار الحب من الزرع و غيره ظاهر الفساد، بل لا خلاف أجده فى شى ء من ذلـك إلاـ مـا يحكى عن الشـيخ و بعض العـامه من تسبيب هـذه التغييرات الملـك للقـابض، تنزيلا للعين منزله التلف، فغايته ضمان المثل أو القيمه، و ضعفه واضح، كما هو محرر فى باب الغصب و الله أعلم.

و إذا رهن اثنان عبدا بينهما بدين عليهما، كانت حصه كل واحد منهما رهنا بدينه مع الإطلاق فإذا أداه صارت حصته طلقا، و إن بقيت حصه الآـخر رهنا، كما تقـدم الكلام فى ذلك مفصـلا عنـد قول المصـنف: و لو رهن على مال رهنا ثم اسـتدان آخر، إلى آخر البحث فلاحظ و تأمل.

## [المقصد الثالث فی النزاع الواقع فيه و فيه مسائل ]

### اشاره

المقصد الثالث من المقاصد التی استدعاها البحث فی لواحق کتاب الرهن فی النزاع الواقع فيه.

و ان تقدم بعضها فی مطاوی الأبحاث السابقه و لکن مع ذلک فيه مسائل:

### [المسأله الأولى إذا رهن مشاعا و تشاح الشريک و المرتهن فی إمساکه انتزعه الحاکم ]

الأولى: إذا رهن مشاعا و أذن للمرتهن فی قبضه و استدامه يده عليه و تشاح الشريک و المرتهن فی إمساکه للرهانه و لو من حيث إذن الراهن له فی ذلک أو للاستيمان انتزعه الحاکم و قبضه لهما بنفسه، أو نصب عدلا يکون فی يده لهما، بل قد يقال: بجواز نصب أحدهما لذلک، لکن لا يخلو من اشکال، و على کل حال يقوم القبض مقام قبض المرتهن، فی تحقق الرهانه، و إن لم يکن ذلک بوکاله من المرتهن، بل ربما لا يکون له التوکيل فی ذلک، کما إذا شرط الراهن عليه القبض بنفسه، بل لاقتضاء نصبه حاکما من الشارع ذلک، ضروره أن الحاکم هو المعد لقطع أمثال هذه المنازعات المتوقف على نحو ذلک، و ان کان موضوعه حال طلب کل منهما انقطاعه، لکن لا- يکون الحاکم فی ذلک فرع إذنهما على وجه يکون له حکم المأذون، بل قد يقال: لا حاجه إلى اذن الراهن.

لکن فی المسالک فان الحاکم ينصب له عدلا لقبضه عن الرهن، و ليکن بإذن الراهن، و للأمانه، و لعل إطلاق الأصحاب على خلافه. نعم لو أن الراهن شرط فی عقد الرهانه القبض بنفسه، أمکن حينئذ الحکم بانتفائها بالتشاح، و قد يظهر من لفظ النصب فی جمله من عبارات الأصحاب کون العدل قيما لا وکيلا عنهما، بل و لا عن الحاکم، فلا يزول حکم قبضه بخروج الحاکم أو المرتهن أو الشريک عن بعض صفه التوکيل، و مثله لو کان التشاح بين الشريکين فی أصل قبض المال المشترک و الاستيمان عليه، بل لعل الظاهر أن للحاکم من حيث الحکومه المعده لقطع النزاع انتزاعه منهما و نصب أمين عليه، و ان اتفقا معا على عدم الرضا بذلک ما لم يتفقا على ما

يحصل به قطع النزاع بينهما، و الأصل فى ذلك و غيره من الأحكام المتصوره فى المقام

قوله عليه السلام «فإنى قد جعلته عليكم حاكما»

إذ الحاكم هو المعد لقطع مثل ذلك الذى يجب على الشارع حسم مادته لما يترتب عليه من المفاسد.

و منه يظهر أن حكومه الحاكم لا تختص بما كان من الأمر بالمعروف و النهى عن المنكر، بل هى أعم من ذلك، ضروره عدم المعروف فى الفرض، إذ لا يجب على أحد الشريكين الإذن للآخر فى القبض، أو لمن يريده أحدهما فتشاحهما لا معصيه فيه من أحدهما، و ربما تكون المصلحه لكل منهما فى عدم استيمان الآخر، بل ربما يكون ضرر على كل منهما بذلك.

و على كل حال فإذا انتزعه منهما آجره إن كان له أجره و لو على بعض الشركاء على إشكال، مده لا تزيد عن أخذ الحق إلا برضا المرتهن و إجازته، ثم قسمها بينهما بموجب الشركه ان طلبوا استيجاره، فان لم يطلبه أحد منهم أبقاه من دون إجاره، و إن طلبه أحد الشريكين دون الأخر هايأ بينهما، فيؤجره فى مده الطالب دون الأخر، و إن طلبه المرتهن توقف على إذن الراهن و كذا العكس، و الأجره تكون بين المرتهن و الشريك بناء على تبعيه مثل هذا النماء للرهن و إلا كانت بين الشريكين.

و إن لم تكن له أجره أو لم يريدوا استيجاره جعله عنده أمانه أو استأمن عليه من شاء و لو أحدهما على اشكال، و قد عرفت ان له فعل ذلك كله قطعا للمنازعه المنصوب لحسمها و ما شابهها، بل الظاهر أن له الإلزام بالقسمه فيما يقسم، و البيع فى غيره و نحو ذلك، مع توقف قطعها عليه، بل قد يحتمل جواز ذلك له و إن لم يتوقف، لأنه مخير فى أفراد القطع و الفرض ان ذلك أحدها، لكن يقوى العدم فيقتصر فى القطع على أقل الأفراد ضررا عليهما، و أقلها مخالفه للضوابط.

و تحرير هذه الجمله محتاج إلى بسط فى الكلام، و ليس هذا محله، خصوصا بالنسبه إلى ثبوت ولايه الحاكم فى نحو المقام الذى يكون فيه القبض شرطا فى الصحه،

الظاهر فی کون الشرط قبض المرتهن نفسه، و قبض المتعاقدین فی مثل الصرف، و قبض الموقوف علیه فی الوقف، و قبض الموهوب فی الهبه، فإن قیام قبض الحاکم مقامه مع عدم التوکیل لا یخلو من بحث، بل لا یخلو أصل ثبوت ولایته فیما یقطع به النزاع اقتراحا مع فرض عدم معصیه من أحدهما فی دعواه منه أیضا، و إن کان ظاهر الأصحاب فی المقام و نظائره ذلک، لإطلاق الأدله فی کونه منصوبا لذلک، و لأن مجاری الأمور بیده، و أولویته من الحکمین فی نزاع الزوجین و غیر ذلک، و الله العالم.

### [المسأله الثانیه إذا مات المرتهن انتقل حق الرهانه إلی الوارث ]

المسأله الثانیه: إذا مات المرتهن انتقل حق الرهانه إلی الوارث بلا خلاف و لا إشکال فإن امتنع الراهن من استئمانه کان له ذلک و إن کان المرتهن مؤتمنا سابقا لبطلان ذلک بالموت فان اتفقا علی أمین و إلا استأمن علیه الحاکم کما تقدم الکلام فی ذلک مفصلا فی آخر الفصل الخامس و غیره، بل تقدم الآن فی المسأله السابقه ماله تعلق به فی الجمله، کما لا یخفی.

### [المسأله الثالثه إذا فرط فی الرهن و تلف لزمته قیمته ]

المسأله الثالثه: إذا فرط فی الرهن أو تعدی فیه ضمنه بلا خلاف و لا إشکال، فإن کان مثلیا و تلف لزمه مثله. فإن تعذر فقیمته عند الأداء أو التلف.

أو الأعلی علی ما تقدم سابقا فی باب القرض و غیره من نظائر المسأله، و ان کان قیمیا لزمته قیمته إلا أن المصنف علی أنها یوم قبضه و لم نعرفه لغیره، بل عن جماعه الاعتراف بمجهولیه قائله، و إن أرسله فی القواعد، و ربما أراد المصنف، کما أنه لم نعرف له وجها یعتد به، ضروره عدم کون العین مضمونه قبل التفریط.

لکن فی المسالک «حکم المصنف باعتبار قیمته یوم قبضه، مبنی علی أن القیمی یضمن بمثله» و قد أخذ ذلک من الدروس حیث قال: «و المعتبر بالقیمه یوم التلف» و قال ابن الجنید: «الأعلی من التلف الی الحکم علیه بالقیمه» و یلوح من المحقق أن الاعتبار بالقیمه یوم القبض، بناء علی أن القیمی یضمن بمثله، و فی کلام ابن الجنید إیماء الیه، و فیهما معا- بعد الإغضاء عن إراده المثل من القیمه فی کلام المصنف إلا أن یحمل علی تعذر المثل، و فیه ما لا یخفی أیضا- أن ذلک لا یقتضی الاعتبار یوم القبض أیضا، و من هنا فی المسالک بعد أن بناه علی ما سمعت قال: «و مع ذلک ففی

اعتبار یوم القبض نظر، لأنه ثم لم یکن مضمونا، فینبغی علی ذلک اعتبار المثل یوم الضمان» و هو کذلک، فلو کان الرهن یوم القبض سمینا فهزل قبل التفریط ثم فرط فیه ضمنه بمثله الصوری من یوم التفریط لا القبض کما هو واضح، و دعوی أن التفریط یوجب رد المقبوض یوم القبض، کما تری، مع أنه لا تخص القول بضمان القیمی بمثله.

و بالجمله هذا القول علی کل حال فی غایه الضعف، و مثله فی ذلک القول بضمان أعلی القیم من حین القبض إلی حین التلف، و إن قال فی المسالک: «أنه نسب إلی الشیخ فی المبسوط» بل عن الصیمری أنه قول مشهور، نقله فخر الدین و اختاره، بل فی الریاض «أنه مشهور فی المصنفات و لعله أحوط و أجود، إما لکونه کالغاصب فیؤخذ بأشق الأحوال، أو لاقتضاء الشغل الذمه الیقینی البراءه کذلک، و لا تحصل إلا بذلک».

لکن فیه ما عرفت من انه لاـ وجه لضمان القیمه قبل حصول سبب الضمان، و المشابهه للغاصب انما تحصل بالتفریط لا قبله، و البراءه الیقینیه أو ما بمنزلتها تحصل بما دل علی ضمانه یوم التلف، علی أن الظاهر عدم کون المقام مما یجب فیه یقین البراءه لعدم الإجمال فی موضوع التکلیف، بل هو من الشک فی الأقل و الأکثر، مع عدم توقف صحه الأول علی الثانی، فأصل البراءه محکم فی نفسه إذ هو کالشک فی شغل الذمه لشخص بالأقل أو الأکثر، و کالشک فی وجوب قضاء فریضه علیه أو أزید و نحو ذلک، فلا ریب حینئذ فی ضعف هذا القول، و مشارکته فی عدم المستند للأول، و أضعف منهما ما عن الإسکافی من أنه أعلی القیم من یوم التلف إلی یوم حکم الحاکم علیه أو إلی المطالبه بها کما فی نقل آخر عنه، و لعلهما بمعنی، کما أن فسادهما معا علی تقدیر اختلافهما واضح، ضروره تعلق الضمان حال التلف من غیر مدخلیه للمطالبه أو حکم الحاکم. نعم قد یقوی ضمان أعلی القیم من حین التفریط إلی حین التلف، کما عن المختلف و الصیمری و ابن فهد. لأنه حینئذ کالغاصب، و لتضرر المالک بما فات فی یده من تفاوت القیمه.

و لكن الأقوى منه ما قيل: من أن ضمانه بقيمته يوم هلاكه بل لعله خيره الأكثر كما اعترف به فى المسالك، لأنه يوم الانتقال، إذ قبله كان الخطاب منحصرا فى رد العين، و عدم المنافاه بين انحصار الحق فى العين قبل التلف و انتقال قيمتها قبله إلى الذمه بعده لا يكون مقتضيا لذلك، و الحكم فى الغاصب ممنوع فضلا عن المقام، كمنع ضمان مثل هذا الضرر، و لذا لا يضمن لو رد العين نفسها فكذا ما أقامه الشارع مقامها الذى هو فى الحقيقه طريق تأديه لها. نعم لو كانت التفاوت بسبب نقص فى العين قد حصل فى يده بعد التفريط، اتجه اعتبار الأعلى حينئذ، لفوات الأجزاء المضمونه عليه فى يده، حتى لو رد العين نفسها على الأقوى، كما هو واضح.

و قد ظهر من ذلك أن ما فى المتن و غيره من أنه قيل: يضمن أعلى القيم يرجع إلى أحد الأقوال السابقه إذ لا معنى له بدون التنزيل على أحدها، و قد مر تمام الكلام فى نظائر المسأله، و يأتى إنشاء الله تعالى فى باب الغصب.

فلو اختلفا اى الرهن و المرتهن فى القيمه المضمونه بالتفريط فالقول قول الراهن عند الأكثر كما فى الدروس، بل عن الغنيه الإجماع عليه، مؤيدا بحكايه عن الشيخين و القاضى و الديملى و التقى و ابن حمزه لأن المرتهن خائن بتفريطه، فلا يقبل قوله و فيه أن قبول قوله لإنكاره، لا من حيث أمانته التى ارتفعت بخيانته و من هنا قيل القول قول المرتهن (۱۱) لأصاله البراءه من الزائد، فيكون منكرا عليه اليمين، و على الراهن المدعى البينه كما هو مضمون النبوى و (۱۲) لا ريب فى أنه هو الأشبه (۱۳) وفاقا للشهيدين و المحكى عن الحلى و الفاضل و كثير من المتأخرين. نعم القول قول الراهن فى دعوى قلتها لو كان هو المتلف للرهن، و أراد المرتهن القيمه منه، تكون رهنا، فادعى عليه زيادتها، لكون الأصل معه، فيكون منكرا عليه اليمين، و المرتهن المدعى عليه البينه، و لو كان المتلف أجنبيا و صدقه الراهن فى دعوى القله لم يكن للمرتهن سبيل عليه، مع احتمال توجه اليمين له عليه، باعتبار تعلق حق الرهانه بها، و الله أعلم.

## [المسأله الرابعه لو اختلفا فيما على الرهن كان القول قول الراهن ]

المسأله الرابعه لو اختلفا فيما على الرهن (۱۴) قله و كثره مع اتحاد الدين

و تعدده، و إن اتفقا على شغل الذمه كان القول قول الراهن، و قيل: و القائل الإسكافى القول قول المرتهن ما لم يستغرق دعواه ثمن الرهن، و الأول أشهر بل هو المشهور شهره عظيمه، بل عن ابنى زهره و إدريس الإجماع عليه، و لعله كذلك، لعدم قدح خلافه فيه، و هو الحجه.

مضافا إلى قاعده المدعى و المنكر إذ لا ريب فى كون الأول هنا المرتهن، و الثانى الراهن الموافق قوله لأصاله عدم ارتهانه بأزيد مما اعترف به المالك، بل لو كان النزاع فى أصل شغل الذمه به، كان الأصل براءه الذمه.

و إلى

صحيح محمد بن مسلم (۱)عن أبى جعفر عليه السلام «فى رجل رهن عند صاحبه رهنا لا بينه بينهما فيه، فادعى الذى عنده الرهن أنه بألف، فقال صاحب الرهن:

إنه بماءه قال: البينه على الذى عنده الرهن أنه بألف، و إن لم يكن عنده بينه فعلى الراهن اليمين».

و

موثقه ابن ابى يعفور(۲)عن أبى عبد الله عليه السلام «إذا اختلفا فى الرهن فقال أحدهما: رهنه بألف، و قال الآخر: بماءه درهم؟ فقال: يسئل صاحب الألف البينه، فإن لم يكن بينه، حلف صاحب الماءه».

و

موثق عبيد بن زراره(۳)عنه أيضا «فى رجل رهن عند صاحبه رهنا لا بينه بينهما، فادعى الذى عنده الرهن أنه بألف فان لم يكن عنده بينه، فعلى الذى له الرهن اليمين أنه بماءه.»

فلا محيص حينئذ عن المشهور، خصوصا مع عدم دليل للإسكافى صالح لمعارضه ما سمعت، إذ ليس إلا موافقه الظاهر فى بعض الافراد الذى لا عبره به فى مقابله ما سمعت.

و

خبر السكونى (۴)عن جعفر عن أبيه عن على عليه السلام «فى رهن اختلف فيه الراهن و المرتهن؟

فقال الراهن: هو بكذا و كذا، و قال المرتهن: هو بأكثر؟ قال

---

۱- ۱ الوسائل الباب- ۱۷- من أبواب أحكام الرهن الحديث ۱.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۱۷- من أبواب أحكام الرهن الحديث ۲.

۳- ۳ الوسائل الباب- ۱۷- من أبواب أحكام الرهن الحديث ۳.
۴- ۴ الوسائل الباب- ۱۷- من أبواب أحكام الرهن الحديث ۴.

علی علیه السلام، یصدق المرتهن حتی یحیط بالثمن، لأنه أمینه»

الضعیف سندا الموافق لأحد قولی العامه، المخالف للمتواتر کما فی جامع المقاصد المحتمل لما عن الشیخ من أن الاولی للراهن أن یصدق المرتهن.

فمثله لاـ یصلح لمعارضه ما تقدم من وجوه، علی أن ظاهره باعتبار مفهوم الغایه تصدیق الراهن فیما لو أحاطت دعوی المرتهن بالثمن، و المعروف حکایته عن ابن الجنید أنه یصدق المرتهن ما لم یدع زیاده القیمه علی الراهن، فهو مخالف حینئذ للخبر.

نعم علی ما حکاه فی المتن عنه یتجه الاستدلال له به، و کان الموجب لاختلاف النقل عنه عبارته المحکیه عنه، و هی: المرتهن یصدق فی دعواه حتی یحیط بالثمن، فإن زاد دعوی المرتهن علی القیمه لاـ تقبل إلا ببینه. باعتبار اشتمالها علی مفهوم الغایه القاضی بخروج دعوی الإحاطه عن حکم دعوی غیرها، و علی مفهوم الشرط القاضی بدخولها.

و علی کل حال فالمذهب، الأول، بل لو أراد ابن الجنید- ما یشمل دعوی المرتهن أصل الشغل بالزائد- کما عساه یظهر من بعض، بل ظاهر الفاضل فی القواعد أن نزاعه فی ذلک- کان مخالفا للضوابط الشرعیه، بل یمکن دعوی الضروره حینئذ علی خلافه و الله أعلم.

### [المسأله الخامسه لو اختلفا فی متاع فقال أحدهما هو ودیعه]

المسأله الخامسه: لو اختلفا فی متاع فقال أحدهما أی المالک هو ودیعه عندک و قال الممسک هو رهن ف المشهور بین الأصحاب شهره عظیمه بل ربما استظهر من نافع المصنف الإجماع علیه أن القول قول المالک و قیل: و القائل الصدوق، و الشیخ، فی المحکی عن مقنع الأول، و استبصار الثانی، القول قول الممسک، و الأول أشبه بأصول المذهب و قواعده، لأنه منکر باعتبار موافقه قوله لأصاله عدم الارتهان.

و

فی موثق إسحاق بن عمار(۱)عن الصادق علیه السلام فی الاختلاف فی الودیعه و القرض «أن القول قول صاحب المال مع یمینه»

و خصوص المورد لا یخصص الوارد،

---

۱- ۱ الوسائل الباب- ۱۸- من أبواب أحکام الرهن الحدیث- ۱.

فیستفاد منه حینئذ أصاله عدم الحکم بمال الإنسان بغیر قوله، و إن کان مدعیا، فضلا عما نحن فیه، مما هو مدعی علیه، اللهم إلا أن یقال إن ما فیه مبنی علی أصاله الضمان فی الید، حتی یقوم خلافه، لا علی الأصل المزبور

الشامل للمقام، فلا یکون شاهدا له، و فیه بحث.

و علی کل حال فقد یؤید ما نحن فیه أیضا الخبر المتقدم (۱)سابقا فی مسأله استیفاء المرتهن الدین مما فی یده إذا خاف جحود الوارث لو أقر بالرهانه، ضروره ظهوره فی أن القول قول الوارث مع الإقرار لا قوله، و إن کان المال فی یده فلاحظ و تأمل.

کل ذلک مضافا إلی خصوص

صحیح ابن مسلم (۲)عن أبی جعفر علیه السلام «فی رجل رهن عند صاحبه رهنا، فقال الذی عنده الرهن: أرهنته عندی بکذا و کذا، و قال الأخر: إنما هو عندک ودیعه، فقال: البینه علی الذی عنده الرهن أنه بکذا و کذا، فإن لم یکن له بینه فعلی الذی له الرهن الیمین»

لکن حمله الشیخ علی صوره النزاع فی الدین، لا الرهن، فقال: إنما قال: علیه البینه علی مقدار الدین الذی ارتهنه به، لا علی أصل الرهن، و حینئذ فیمین المالک مع تعذر البینه علی نفی الدین، و مقتضاه أن محل النزاع صوره الاتفاق علی الدین، و لکن اختلفا فی الرهانه علیه، و الودیعه.

فلا یکون المحکی عن ابن حمزه- من التفصیل بین اعتراف صاحب المتاع بالدین فالقول قول الممسک و عدمه فالقول قول المالک- قولا ثالثا فی المسئله منشؤه الجمع بین الصحیح المتقدم و بین

خبر عباده بن صهیب (۳)قال: «سألت أبا عبد الله علیه السلام عن متاع فی ید رجلین أحدهما یقول: استودعتکه، و الآخر یقول هو رهن؟ فقال: القول قول الذی یقول أنه رهن عندی، إلا أن یأتی الذی ادعی أنه أودعه بشهود»

و

موثق ابن ابی یعفور(۴)عن الصادق علیه السلام المتقدم صدره سابقا «قال: و ان کان الرهن أقل مما رهن به أو أکثر و اختلفا، فقال أحدهما: هو رهن، و قال الآخر هو ودیعه؟ قال:

علی صاحب الودیعه البینه، فإن لم یکن بینه حلف صاحب الرهن».

---

۱- ۱ الوسائل الباب- ۲۰- من أبواب أحکام الرهن الحدیث- ۱.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۱۶- من أبواب أحکام الرهن الحدیث ۱.

۳- ۳ الوسائل الباب- ۱۶- من أبواب أحکام الرهن الحدیث ۲.

۴- ۴ الوسائل الباب- ۱۶- من أبواب أحكام الرهن الحديث ۳.

و صحیح أبان (۱)الموافق فی المتن للموثق المزبور، حتی ظن فی الحدائق أنهما خبر واحد منکرا بذلک علی ما حکاه عن صاحب الکفایه من عدهما خبرین، لکن فیه أنه هو قد اعترف بأن الصدوق رواه عن فضاله عن أبان عن الصادق علیه السلام، و أن طریقه إلی فضاله صحیح، و أن الشیخ روی الأول بسنده عن أبان عن ابن أبی یعفور، و بذلک یکونان خبرین، و ان اتحد متنهما.

و کیف کان ففیه- مع أنه لا شاهد لهذا الجمع أولا- أنه فرع المقاومه المفقوده فی المقام، لا للضعف سندا، لما عرفت من أن فیهما الموثق و الصحیح، و لکن لندره العامل، بخلاف الأول الذی قد عرفت عظم شهرته، و لاعتضاده بما عرفت من القواعد و غیرها، و دعوی- اعتضاد هذه بظهور کونه رهنا بعد الاعتراف بالدین- واضحه المنع، مع أنه علی تسلیمها لا تساوی ما اعتضد به الأول، خصوصا ما قیل: من موافقه هذه للتقیه أیضا، و أضعف من ذلک ما یحکی عن ابن الجنید من الجمع بینها بالتفصیل أیضا بین صورتی اعتراف القابض للمالک بکونه فی یده علی سبیل الامانه ثم صار رهنا فالقول قول المالک، و صوره دعواه الرهانه ابتداء فالقول قوله، إذ هو کما تری، و قد ظهر من ذلک کله أنه لا محیص عن المشهور، و إن وسوس فیه بعض متأخری المتأخرین، بل جزم بخلافه آخر ترجیحا للنصوص المزبوره علی الصحیح الأول، إلا أن خلافه غیر قادح، بعد أن کان منشؤه اختلال الطریقه، بل ربما أفاد المشهور قوه و الله أعلم.

## [المسأله السادسه إذا أذن المرتهن للراهن فی البیع و رجع ثم اختلفا فقال المرتهن رجعت قبل البیع ]

المسأله السادسه: إذا أذن المرتهن للراهن فی البیع و رجع، ثم اختلفا فقال المرتهن: رجعت قبل البیع، و قال الراهن رجعت بعده کان القول قول المرتهن عند المشهور بین الأصحاب بل فی جامع المقاصد نسبته إلیهم مشعرا بدعوی الإجماع، خصوصا مع قوله أنه ینبغی الوقوف معهم. و إن کان الدلیل یقتضی خلافه، ترجیحا لجانب الوثیقه المستصحب بقاؤها إلی أن یعلم المزیل. و لیس، لأن الاذن فی البیع غیر مسقط لها، و إنما المسقط لها البیع المأذون فیه، و لم یثبت إذ الدعویان متکافئان لأن الراهن یدعی تقدم البیع علی الرجوع و الأصل عدمه، و المرتهن بالعکس،

---

۱- ۱ المصدر المصنف.

و الأصـل عـدمه، فإن كلا منهما حادث، و الأصل تأخره، و الاقتران أيضا حادث و الأصل عـدمه، مع انه لو حكم به هنا لاقتضـى فساد البيع.

و على كل حال يبقى استصـحاب الرهانه سالما عن المعارض، و دعوى- معارضـته بأصاله صحه البيع المعلوم وقوعه، فيتساقطان، و يبقى مع الراهن ملكيه المرهون، و تسلط الناس على أموالهم- يدفعها أن أصاله صحه العقد مترتبه على سبقه بالإذن، فإذا حكم بعدمه لم يمكن الحكم بصـحه العقد، بخلاف استصحاب الوثيقه، فإنه باعتبار معلوميه حصولها صحيحه سابقا، إنما يكون الشك فى طرو المبطل لها، فيكفى فى نفيه أصاله عدمه، و ليس استصحابها مشروطا بسبق الرجوع على البيع، حتى يقال:

إنه إذا حكم بعـدمه لم يمكن الحكم به، نحو مـا سـمعته فى صـحه البيع، بل يكفى فى صـحه استصـحابها عـدم العلم بسـبق البيع للرجوع.

و من ذلـك يعلم انـدفاع ما فى جامع المقاصـد من المناقشه فى أصل تكافؤ الـدعويين: «بأن الأصل و إن كان عـدم صـدور البيع على الوجه الـذى يـدعيه الراهن، إلاـ أنه لاـ يتمسک به الان، لحصول الناقل عنه، و هو صـدور البيع مسـتجمعا لجميع ما يعتبر فيه شرعـا، و ليس هناک ما يخل بصـحته، إلا كون الرجوع قبله، و يكفى فيه عـدم العلم بوقوعه كـذلک، و الاسـتناد إلى أن الأصـل بقـاء الإـذن السـابق، لأن المانع لا يشترط العلم بانتفائه، لتأثير المقتضـى و إلا لم يمكن التمسک بشـى ء من العلل الشـرعيه، إذ لا يقطع بنفى موانع تأثيرهـا بحسب الواقع، و هو معلوم البطلاـن، فـإن من صـلى مراعيا للافعال و الشـرائط، يكفيه فى صـحه صـلاته الاستناد إلى أصاله عدم طرو النجاسه على ثوبه و بدنه الطاهرين، و إن لم يعلم انتفاؤها بحسب الواقع قطعا.

هـذا مع اعتضـاده بـأن الأصـل فى البيع الصـحه و اللزوم، و حيث تحقق الناقـل عن الأصـل المزبور امتنع التمسک به، و خرج عن كونه حجه، كأصل الطهاره بعد ثبوت المقتضـى للتنجيس مثلا، فإنه لا يتمسک به، و حينئذ فينتفى حكم كل من الأصلين اللذين ذكروهما، على أن ما ذكروه فى الاسـتدلال إنما يتم على تقـدير تسـليم بقاء الأصـلين المزبورين، و الانحصار فيهما و فى الأصـل الثالث الذى ذكروه، و ليس

كذلك، فإن لنا أصلا آخر من هذا الجانب، و هو أن الأصل فى البيع الصحه و اللزوم و وجوب الوفاء بالعقد.

لانه كما ترى مبنى على أن الشك فى صحه العقد إنما وقع فى المانع الذى هو الرجوع قبل البيع، لا فى حصول الشرط الذى هو الاذن، و قد عرفت ما فيه، و إلى ذلك يرجع ما فى المسالك من دفعه، فإنه قال: «لا نسلم وقوع البيع جامعا للشرائط الشرعيه، لأن من جمله شرائطه إذن المرتهن، و حصوله غير معلوم، و تنقيح ذلك أن الرهن المانع للراهن من التصرف لما كان متحققا، لم يمكن الحكم بصحه البيع الواقع من الراهن إلا بإذن معلوم من المرتهن حاله البيع، و لما حصل الشك فى حصولها حالته، وقع الشك فى حصول الشرط نفسه، لا فى وجود المانع، و معلوم أن الشرط لا يكفى فيه عدم العلم بانتفائه، بل لا بد من العلم بحصوله، ليترتب عليه المشروط، و لو بطريق الاستصحاب، كالصلاه مع تيقن الطهاره سابقا، و الشك فى بقائها الآن، و الأمر هنا كذلك، فإن الرهن المانع من صحه البيع واقع يقينا، و يستصحب الآن، و الشرط المقتضى لصحه البيع غير معلوم الوقوع فى زمان البيع، لا باليقين و لا بالاستصحاب، فيرجح جانب الوثيقه كما ذكروه».

لكن فيه أولا: أنه لا ريب فى كون الشرط هنا بعد تحقق الإذن عدم الرجوع بها الذى هو لازم بقائها، و يكفى ما ذكروه من أصاله العدم و الاستصحاب فى إثباته، إلا أنه لو كان النزاع فى الرجوع و عدمه، لا فيما إذا كان النزاع فى أنه قبل البيع أو بعده كما هو الفرض، ضروره معارضه أصاله عدم كونه قبله حينئذ، بأصاله عدم كون البيع قبله، كما أن استصحاب بقاء الإذن لا يمكنه أن يفيد المقارنه للبيع حينئذ، لاحتمال تخلل الرجوع الذى قد عرفت معارضه أصاله عدمه، لأصاله عدم تخلل البيع بين الاذن و الرجوع، فاستصحاب بقاء الإذن حينئذ الذى لازمه عدم الرجوع، كاستصحاب بقاء المال الذى لازمه عدم البيع كما هو واضح، فكان الذى ينبغى توجيه الرد بذلك، لا بأن الشك فى الشرط لا المانع، فتأمل جيدا.

و ثانيا: أنه لا ريب فى الحكم بحصول الشرائط بعد وقوع الفعل، و إن كان

الأصل يقتضى عدمها، كما لو شك فى الطهاره أو الاستقبال أو التستر أو نحو ذلك بعد الصلاه، خصوصا إذا كان أصلها ثابتا كما لو تيقن الحدث بعد الفراغ من الصلاه، و لكن لا يعلم سبقه عليها أو بالعكس، فقوله إن الشرائط لا بد من إحرازها بيقين أو باستصحاب، إن أراد به قبل التلبس بالفعل، فهو مسلم، و لكنه غير ما نحن فيه، و إن أراد بعده، فهو واضح المنع، ضروره اقتضاء أصاله صحه فعل المسلم ما ذكرنا، بل الظاهر اقتضاؤها و إن كان الشرط من فعل الغير، كما لو صلى فى لباس غيره أو مكان كذلك، ثم شك فى أنه هل كان مأذونا أولا؟ فإنه يحكم بصحه فعله، و لا يكلف بالإعاده، و كذا لو شك بعد البيع هل كان مأذونا أولا؟.

نعم أصل صحه الفعل لا يسقط بها حق غير الفاعل إذا أنكر، فللمالك الأجره فى المثال، و يحكم بعود المال لو كان موجودا لو باعه، لأن أصاله صحه فعله لا تقتضى سقوط حق غير الفاعل، أما فى مثل الفرض الذى قد تحقق فيه أصل الإذن، فقد يتجه دعوى جريان أصاله صحه البيع التى يكفى فيها احتمال عدم الرجوع قبله، ففى الحقيقه سقوط حقه بإذنه، لا بأصاله الصحه، إلا أنه يعارض ذلك أصاله الصحه فى رجوعه، ضروره كونه فعلا من أفعال المسلم الذى ينبغى حملها على الصحه التى هى هنا الحكم بكونه قبل البيع، حتى يؤثر فسادا، فصحيحه ذلك، و فاسده الواقع بعد البيع، لعدم تأثيره، إذ ليس الفساد و الصحه إلا ترتب الأثر و عدمه، و دعوى- تساقطهما و الرجوع إلى الأمر بالوفاء بالعقود الذى هو غير أصل الصحه ضروره شموله لما لم يحكم بصحته و فساده، بعد الإغضاء عما فيها- يدفعه أنه شامل، لعقد الرهن أيضا، فيكون مخاطبا بالوفاء به.

نعم لو كان النزاع فى أصل الرجوع و عدمه اتجه الحكم بصحه البيع، و نفى الرجوع بالأصل، و استصحاب بقاء الاذن، و دعوى أن الفرض من ذلك- إذ قول الراهن رجعت بعد البيع كلام أجنبى، لا مدخليه له فى الدعوى، و إنما العمده قوله لم ترجع قبل البيع، فهو منكر و المرتهن مدع- يدفعها أنها ليست بأولى من العكس،

إذ قول المرتهن بعت بعد الرجوع كلام أجنبی لا مدخلیه له فی الدعوی، و إنما العمده قوله لم تبع قبل الرجوع: فهو منكر، و الراهن مدعی.

و لا یرد أن مقتضی ذلک تحالفهما معا، و فسخ البیع، لان ذلک كذلک لو لم یكن لأحدهما أصل آخر یرجع الیه، أما إذا كان و هو استصحاب الرهانه، فالمنكر هو، لموافقته للأصل، و المدعی الراهن، فیكون علیه البینه، و علی الأول الیمین.

و قد ظهر من ذلک كله أنه لا وجه لما قیل أو یقال من أن المتجه العمل بالأصلین، أی أصلی بقاء الرهانه و صحه البیع، فیحكم بكونه مبیعا و هو رهن، إذ قد عرفت أنه لا أصل سالم فیقتضی الصحه، علی أن العمل بالأصلین فی الموضع الواحد غیر متجه فی المقام، ضروره اقتضائهما حینئذ حكما فیه معلوما من الشرع خلافه، و هو رهانه ملک الغیر بغیر إذنه، و بقاء الرهانه مع صحه البیع المنافیه لها، المقتضیه سقوطها و بالجمله هو واضح الفساد- فبان أن كلام الأصحاب فی محله، بل هو كذلک، لو شک المرتهن فی نفسه أن رجوعه كان قبل البیع أو بعده، بعد أن علمهما معا، و كذا لو شک الراهن كذلک، فإن الأصل بقاء الرهانه فی الجمیع، فتأمل جیدا هذا.

و فی التذكره عن بعض الشافعیه «التفصیل بین ما لو قال الراهن أولا تصرفت بإذنک؟ ثم قال المرتهن: كنت قد رجعت قبله، فالقول قول الراهن بیمینه، و بین ما لو قال المرتهن أولا: رجعت عما أذنت، فقال الراهن: كنت تصرفت قبل رجوعک، فالقول قول المرتهن بیمینه، لأن الراهن حینما أخبر لم یكن قادرا علی الإنشاء.

و فی جامع المقاصد یقرب من ذلک، ما لو تصادقا علی صدور البیع، ثم اختلفا فی حال الرجوع أو تصادقا علی صدور الرجوع، ثم اختلفا فی حال البیع، أخذنا بالإقرار السابق.

قلت: لعل مبنی كلام بعض الشافعیه- كما یومی إلیه التعلیل- علی إنكار الراهن الرجوع قبل البیع المتفق علیه بینهما فی الأول، من غیر اعتراف بالرجوع بعده، و علی إنكار المرتهن البیع قبل الرجوع المتفق علیه بینهما فی الثانی، و هو

كذلك، إلا أنه غير مفروض الأصحاب فلا يكون تفصيلا فيه.

أما ما فى جامع المقاصد فيصعب الفرق بينه و بين مفروض الأصحاب، و الإقرار بعد أن كان الفعل من غير المقر قد يمنع الأخذ به، فتأمل جيدا.

نعم بقى شى ء أشار إليه الشهيد فى الدروس و الحواشى و تبعه عليه غيره، و هو أن كلام الأصحاب يتم فيما إذا أطلق الدعويان و لم يعينا وقتا للبيع أو الرجوع، و أما إذا عينا وقتا و اختلفا فى الآخر فلا يتم، لأنهما إذا اتفقا على وقوع البيع يوم الجمعه مثلا، و اختلفا فى تقديم الرجوع عليه و عدمه، فالأصل التأخر، و عدم التقدم، فيكون القول قول الراهن، و ينعكس الحكم لو اتفقا على عدم وقت الرجوع، و اختلفا فى تقدم البيع عليه و عدمه، و هذه مسأله تأخر مجهول التاريخ عن معلومه، و قد حققنا الكلام فيها فى مقام آخر.

و لعل إطلاق الأصحاب هنا و فى مسأله الجمعتين و مسأله من اشتبه موتهم فى التقدم و التأخر، و مسأله تيقن الطهاره و الحدث و غيرها شاهد على أن أصاله التأخر إنما تقتضى بالتأخر على الإطلاق، لا بالتأخر عن الأخر و مسبوقيته به، إذ وصف السبق حادث، و الأصل عدمه، فيرجع ذلك إلى الأصول المثبته: و هى منفيه، فأصاله الرهن هنا حينئذ بحالها، إلا أن الإنصاف عدم خلو ذلك عن البحث و النظر، خصوصا فى المقام فتأمل جيدا و الله أعلم.

و لو كان التصرف المأذون فيه الذى اختلف فى الرجوع به قبل وقوعه أو بعده انتفاعا كسكنى و ركوب، و نحوهما، بناء على أن الواقع منهما بغير اذن يوجب أجره تكون رهنا، فقد يقال: ان القول قول الراهن، لتعارض الأصلين فيبقى أصل براءه الذمه سالما هنا عن المعارض، اللهم إلا أن يقال إن الأصل فى منافع الرهن على الضمان، فيكون واردا على أصل البراءه قاطعا له. و لو تلفت العين، فوقع النزاع بينهما أن إتلافها كان قبل الرجوع أو بعده، فقد يقال: أيضا بتقديم قول الراهن، لأصاله البراءه أيضا من القيمه، إذ استصحاب الرهانه بعد انعدام الموضوع غير معقول، لكن قد يقوى خلافه، لان التلف لا ينافى جريان الاستصحاب إلى حال التلف، فيكون رهنا

تالفا فتأمل جيدا. و الله أعلم.

## [المسأله السابعه الظاهر أنه ليس للمرتهن إلزام الراهن بالوفاء بعين الرهن ]

المسأله السابعه الظاهر أنه ليس للمرتهن إلزام الراهن بالوفاء، بعين الرهن، و إن كان مجانسا للحق، للأصل و غيره، نعم له إلزام المرتهن بالقبول مع التجانس، و ليس له طلب البيع، و لو كان مخالفا للحق و اتفقا على دفعه عنه أو بيعه بالموافق أو المخالف، كان لهما ذلك قطعا، لأن الحق لهما، و كذا فى الرهن الموافق للحق.

و إذا اتفقا على البيع، و اختلفا فيما يباع به الرهن فأراد أحدهما بيعه بالنقد الغالب، و آخر بغيره بيع بالنقد الغالب فى البلد بإذن الحاكم، من غير فرق فى طالب الغالب بين كونه الراهن أو المرتهن، لأن لكل منهما حقا فى العين، و حينئذ فلا بد من استيذانه ل يجبر الممتنع أو يأذن بالبيع عليه، نعم لو كان المرتهن مثلا- وكيلا- لازما و أراد بيعه بالغالب لم يتوقف على إذن الحاكم، و لم يلتفت إلى معارضه الراهن المخالفه للشرع، لانصراف الإطلاق إلى الغالب شرعا و عرفا.

و كذا لو طلب كل واحد منهما نقدا غير النقد الغالب و تعاسرا ردهما الحاكم إلى الغالب، لأنه الذى يقتضيه الإطلاق بلا خلاف أجده فى شى ء من ذلك بيننا.

لكن قد يناقش أولا- بأن المتجه إجابه المالك لو كان طالبا للبيع بمساوئ الحق، و إن لم يكن الغالب، لأن المراد منه وفاء عين الحق، و ليس للمرتهن غرض بالبيع بالنقد الغالب أو غير مساوى الحق، حتى يصلح لأن يكون معارضا لذلك، و لا إطلاق فى الأدله بحيث يعارض ذلك، بل ربما ظهر من

قوله عليه السلام- فى خبر خوف جحود الورثه(۱)المتقدم سابقا «فليأخذ ماله مما فى يده»

- أن الرهن يباع بمساوئ الحق، فيجاب إليه حينئذ من أراده منهما، و إن كان المرتهن.

و ربما يؤيده أنه المنساق من الاستيثاق، بل يؤيده أنه لو لم يكن له ذلك، لأدى

---

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۲۰- من أبواب أحكام الرهن الحديث- ۱.

إلى الضـرر على المرتهن بالنقد، ثم النقل، لعدم دليل يقتضى إلزام الراهن شراء الحق بثمن الرهن فى المرتبه الأولى، اللهم إلا أن يجعـل ذلـك هو الغـايه، فيقـال للراهن التغليب مـا لم يسـتلزم الضـرر على المرتهن بالتعطيل، أو يقال ليس للراهن إلا البيع بالنقد الغالب أولا، ثم ليس له إلا شراء عين الحق بالثمن إذا لم يرض المرتهن فتأمل جيدا.

أو يقـال أن مبنى كلام الأصـحاب على وجوب قبول المرتهن الثمن الغالب عوضا عن حقه وافقه أو خالفه، لأن مبنى الرهانه على ذلك، إلا أنه كما ترى فيه هدم لقاعده استحقاق المستحق عين ماله من غير دليل، إذ ليس فى الأدله إلا بيعه و هو أعم من ذلك إذ يمكن إراده أنه يبـاع و يشترى بثمنه عين الحق، و دعوى- أن الرضا بالارتهان مقتض للرضا بأخـذ الثمن، عوضا عن حقه و إن خالفه- واضحه المنع، كدعوى أن ذلك حكم شرعى لا مدخليه فيه لرضاهما، فتأمل جيدا.

و ثانيـا: أنه لاـ معنى لرد الحـاكم لهما إلى الغالب بعـد ان اتفقا على عـدمه، و الحق منحصـر فيهما، و قطع نزاعهما يكون بترجيح أحدهما على الآخر بمساواه الحق و نحوها، فإن لم يكن فالقرعه، أو اختيار الحاكم.

هـذا و لكن ليس فى كلاـم من تعرض للمسأله من الأصـحاب شـى ء من ذلك، قال فى القواعـد: فى فروع وضع الرهن على يد العـدل: «و لو عينـا ثمنـا لم يجز له التعـدى فـإن اختلفا لم يلتفت إليهما إذ للراهن ملكيه الثمن، و للمرتهن حق الوثيقه، فيبيعه بأمر الحاكم بنقـد البلد، وافق الحق أو قول أحدهما أولا، و إن تعدد فبالأغلب فإن تساويا فبمساوى الحق، فإن باينهما عين له الحاكم» و قال فى التـذكره فى فروع العـدل أيضا «لو اختلف المتراهنان فقال أحـدهما: بع بـدنانير، و قال الآخر: بع بدراهم، لم يبع بواحد منهمـا، لاختلافهمـا فى الاذن، و لكل منهما حق فى بيعه، فللمرتهن حق الوثيقه فى الثمن، و استيفاء حقه منه و للبائع ملك الثمن، فإذا اختلفا رفعا ذلك إلى الحاكم، فيأذن له أن يبيعه بنقد البلد، سواء

كـان من جنس حق المرتهن أو لم يكن، و سواء وافق ذلـك قول أحـدهما أو خـالفه، لأن الحظ فى البيع يكون بنقـد البلـد، و لو كان النقـدان جميعا نقـد البلـد، باعه بأعلاهما، و ان كانا متساويين فى ذلك باع بأوفرهما حظا، فإن اسـتويا فى ذلك، باع بما هو من جنس الحق منهمـا، فـإن كـان الحق من غير جنسـهما بـاع بمـا هو أسـهل صـرفا إلى جنس الحق و أقرب إليه، فإن اسـتويا فى ذلك، عين له الحاكم أحدهما فباع به، و صرف نقد البلد اليه».

و قال فى الـدروس: «و لو اختلفا فيما يباع به، بيع بنقد البلد، بثمن المثل حالا، سواء كان موافقا للدين أو اختيار أحدهما، أم لا، و لو كـان فيه نقـدان بيع بأغلبهمـا، فإن تساويا فبمناسب الحق فإن ابايناه عين الحاكم إن امتنعا من التعيين، و لو كان أحـد المتباينين أسـهل صـرفا إلى الحق تعين» الى غير ذلـك من عبـاراتهم التى لاـ تعرض فيهـا لشـى ء مما ذكرنا، كما لا تعرض فيها لبيان البلد الذى يعتبر البيع، بنقده الغالب، هل هو بلد البيع، أو بلد الرهانه، أو بلد المرتهن، أو بلد الراهن، إذ لا اشكال مع اتحاد الجميع، أما مع الاختلاف ففيه إشـكال، و ان كان ترجيح بلد البيع لا يخلو من وجه، و لعل إرجاع الأمر إلى الحاكم مع التنازع فى هذا الحال فيقطعه بنظره أولى.

و على كـل حـال ف لو كـان للبلـد نقـدان غالبـان متساويـان إذ لو كانـا متفـاوتين بيع بالأغلب، بل قـد ينـدرج فى السابق أما مع التسـاوى ففى المتن بيع بأشـبههما بـالحق و الظـاهر إراده الموافقه من المشـابهه، و يمكن إراده الأـعم من ذلـك، ترجيحا لجانب المرتهن الذى كانت الحكمه فى مشروعيه الارتهان له استيفاء حقه من الرهن، و لا ريب فى أولويه استيفائه أولا على غيره.

لكن قـد سـمعت ما فى التـذكره أنه مع التساوى يباع بأوفرهما حظا، و كأنه رجح مصـلحه المالك، أما مع المباينه فظاهر المتن و صريح القواعد البيع بما عين الحاكم، إلا أنه قد تقدم ما فى الدروس أن البيع بالأسهل صرفا إلى الحق، و فى

المحكى عن التحرير بيع بأقربهما حظا، و فى المسالك هو أقعد من الجميع، فإنه ربما كان عسر الصرف إلى الحق أصلح للمالك. قلت: و الكلام فى اعتبار مراعاه مصلحه المالك. فتأمل جيدا و الله أعلم.

**[المسأله الثامنه إذا ادعى المرتهن رهانه شى ء مخصوص فأنكر الراهن و ذكر أن الرهن غيره و ليس هناك بينه بطلت رهانه ما ينكره المرتهن]**

المسأله الثامنه: إذا ادعى المرتهن رهانه شى ء مخصوص فأنكر الراهن، و ذكر أن الرهن غيره، و ليس هناك بينه، بطلت رهانه ما ينكره المرتهن بلا خلاف أجده فيه، لكونه جائزا من قبله، فيكفى فى فسخه إنكاره، الظاهر فى عدم الرضا بكونه رهنا الآن، و لكنه لا يخلو من تأمل، خصوصا بعد ما تسمعه عن الإرشاد إن لم يكن إجماعا، كما يظهر من تتبع كلماتهم فى نظائر المقام، كإنكار الطلاق الرجعى و غيره مما صرحوا بكونه فسخا من المنكر فلاحظ و تأمل.

و إذا بطلت رهانه ما أنكره المرتهن حلف الراهن على نفى رهانه الآخر الذى ادعاه المرتهن، لانه منكر بلا إشكال، كما لو قال: رهنت العبد فقال المرتهن: بل هو و الجاريه و حينئذ فإذا حلف الراهن فى الفرض خرجا معا عن الرهن فى ظاهر الشرع، لكن عن الإرشاد أنهما يتحالفان، و لعله لعدم البطلان بالإنكار الذى هو أعم من الفسخ، و فيه مضافا إلى ما عرفت من ظهور الاتفاق على كونه فسخا، أن له طريقا إلى التخلص عن اليمين بالفسخ على تقدير الرهانه، لأنه جائز من قبله، فتكليفه باليمين التى مرجعها إلى الفسخ الذى يمكن وقوعه منه بدونها لا وجه له، فلا ريب فى أن الأقوى ما ذكره الأصحاب الذين هو من جملتهم فى القواعد، و المحكى عن التذكره.

نعم قد يتجه التحالف لو كان ما اختلفا فى رهنه شرطا فى بيعه، كما اختاره الشهيدان، و مال إليه ثانى المحققين، لرجوعه حينئذ إلى الاختلاف فى الثمن، إذ الشرط من مكملاته، فيتحالفان حينئذ على كيفيه الشرط و يتسلط البائع مثلا حينئذ على فسخ العقد، لعدم سلامه الشرط الذى اتفقا عليه فى الجمله له، لكن فى القواعد أن الأقوى تقديم قول الراهن أيضا، و هو لا يخلو من وجه لأصاله اللزوم و عدم ثبوت عدم الوفاء بالشرط، بحيث يتسلط به على الفسخ، إذ لعله

ما أنكر رهانته فيكون هو المفوت لشرطه، فلا يفسخ بمجرد الاحتمال فإذا لم يكن له الفسخ لم يتوجه عليه اليمين و يختص اليمين بالراهن، و هو قوى جدا، و لا غرابه فى بقاء العقد بلا شرط، و إن اتفقا معا عليه، بعد الجريان على الضوابط، كما أومى إليه فخر المحققين فى المحكى عنه، فلاحظ و تأمل. و الله أعلم.

### [المسأله التاسعه لو كان له دينان أحدهما برهن فدفع اليه مالا و اختلفا فالقول قول الدافع ]

المسأله التاسعه: لو كان له دينان أحدهما برهن و الآخر بلا رهن مثلا فدفع الراهن اليه مالا و اختلفا فى أنه عن ذى الرهن، أو عن فاقده فالقول قول الدافع بلا خلاف و لا إشكال لأنه أبصر بنيته التى لا تعلم إلا من قبله، بل ربما قيل: بأن القول قوله بلا يمين، لذلك، لكن يمكن أن يكون قد علم المرتهن منه ذلك، و لو بقرائن فيحتاج إلى اليمين حينئذ فى النفى، خصوصا بعد مشروعيتها لنفى التهمه، أما لو ادعى المرتهن عليه الإقرار، فلا إشكال فى توجه اليمين، و الأمر فى ذلك سهل.

إنما الكلام فيما إذا اعترف الدافع بأنه لم ينو أحدهما حال الدفع، فقد يحتمل التوزيع، و بقاء التخيير، فله أن يصرفه الآن إلى ما شاء، بل جزم فى جامع المقاصد بالأول، لصحه القبض و الدفع، و ليس أحدهما أولى من الأخر، و لانه قد ملكه ملكا تاما. فإما عن الدينين، أو عن أحدهما بعينه، أولا عن أحدهما، أو عن أحدهما لا بعينه، و الكل باطل إلا الأول، لاستحاله الترجيح بلا مرجح، و ملك المقضى به مع عدم زوال المقضى عن الذمه، و لأنه إن لم يزل عن ذمته شى ء منهما لزم المحال، و إلا كان هو المقضى عنه.

لكن فيه أن الفعل المشترك لا ينصرف من دون تعيين، فالتوزيع محتاج إلى مرجح أيضا، و عدم اعتبار ذلك فى قضاء الدين إنما يسلم مع عدم اختلاف جهه الدين لعدم ما يترتب حينئذ على النيه، أما مع الاختلاف و لو بتعدد الغريم فلا. لأصاله بقاء المال على ملك الدافع، و بقاء شغل الذمه، و حينئذ فإن كان مبنى الاحتمال الثانى ذلك، كان له وجه، و إلا فهو مشكل.

اللهم إلا أن يدعى أنه و إن ملكه القابض، لكن إذا تعقب بالتعيين بعد ذلك ينكشف الملك على هذا الوجه من حين الدفع و به حينئذ يرجح على التوزيع و غيره أو يقال إنه بالدفع يملك على الغريم ما قابله مما فى ذمته على وجه التخيير له فى التعيين.

و قد يحتمل القرعه أيضا، كما احتملت فيما إذا كان له زوجتان أو زوجات، فقال:

زوجتى طالق، و لم ينو واحده منهما، فإن المحكى عن الشيخ و الفاضلين و الشهيد احتمالها، و احتمال التعيين بعد ذلك، فيقع الطلاق حينئذ من حينه، أو حين اللفظ، قيل:

و كذا لو أسلم على أكثر من أربع، أو دفع الزكاه و كان له مالان غائب و حاضر. أو سمى و لم ينو سوره معينه، أو كان له خيار حيوان، و شرط و أسقط من خياره يومين، لكن فيه- بعد الفرق بين بعض الأمثله أو جميعها، و بين المقام- أنه قد يلتزم القائل بالتوزيع مثله فى القابل منها، لعدم الإشكال حينئذ معه، و غير القابل يفزع إلى القرعه، أو غيرها.

و على كل حال فمما ذكرنا يعرف الحال فى نظائر المسأله. كما لو تبايع كافران درهما بدرهمين، و دفع مشترى الدرهم درهما، ثم أسلما فإنه إن قصد به الفضل، بقى عليه الأصل و إن قصد الأصل فلا شى ء عليه، و إن قصدهما و وزع و سقط ما بقى من الفضل و إن لم يقصد فالتوزيع. أو التعيين الآن، أو و البطلان كما ذكرنا، و قد يحتمل هنا الاحتساب من الأصل، لأنه الدين حقيقه و غيره حكما ما داما على الشرط. فتأمل و كما لو كان لزيد عليه ماءه و لعمر و مثلها، و وكلا من يقبض لهما، و دفع المديون لزيد أو لعمرو أو لهما فذاك، و إلا فالوجه و البطلان هنا أقوى منه فيما تقدم، و لو اقتص الغريم حيث يجوز له ذلك، احتمل كون المدار على نيته، لكن ينبغى مراعاه المصلحه و التوزيع، و لو دفع الحاكم عن المماطل كان الاعتبار بنيته، لأنه الولى.

نعم لو نوى المماطل بعد القهر بما دفعه الحاكم أمكن اعتبار نيته، كما لو قهره الحاكم على الدفع فنوى، و قد يحتمل اعتبار نيه القابض، و لو لم ينو أحد منهم

احتمـل التوزيع، و التعيين، و البطلان، و فى القواعـد «و لو أخـذ من المماطـل قهرا فالاعتبار بنيته، و يحتمل القابض» و لو فقـدت فالوجهان أى التوزيع و التعيين بعد ذلك و الله أعلم.

و ان اختلفا فى رد الرهن فـالقول قـول الراهن مع يمينه إذا لم يكن له اى المرتهن بينه بلا خلاف أجـده فيه لانه منكر، باعتبـار موافقته لأصاله عـدم الرد، و كون المرتهن أمينا أعم من تصديقه فى ذلك، و القياس على الودعى- مع أنه باطل عندنا- قد يفرق بينهما، بالقبض لمصـلحه المالك، فيكون محسـنا لا سبيل عليه، و عـدمه، و كذا المسـتعير و المقارض و الوكيل بجعل و غيرها و الله أعلم.

## [كتاب المفلس ]

### اشاره

كتاب المفلس

### [تعريف المفلس ]

المفلس بالكسر لغه هو الفقير الذى ذهب خيار ماله و بقى فلوسه و نحوه ما فى القواعد من أنه من ذهب جيد ماله، و بقى رديه، فصار ماله فلوسا و زيوفا، و لعل العرف الآن على كون المفلس بالكسر أعم من الذاهب خيار ماله، بل هو شامل لمن لم يكن له مال من أول أمره إلا الفلوس. نعم قد يقال إن المفلس بالفتح عرفا ذلك، على أنه لا يخلو من بحث، و عن المبسوط أن المفلس لغه هو الفقير المعسر و هو مشتق من الفلوس، و كان معناه نفى خيار ماله و جيده، و بقى معه الفلوس، و عن التحرير أنه مأخوذ من الفلوس التى هى آخر مال الرجل.

و عن التذكره الإفلاس مأخوذ من الفلوس، و قولهم أفلس الرجل كقولهم أخبث أى صار أصحابه خبثاء، لأن ماله صار فلوسا و زيوفا، و لم يبق له مال خطير، و كقولهم أذل الرجل: أى صار إلى حاله يذل فيها، و كذا أفلس أى صار إلى حاله يقال فيها ليس معه فلس، أو يقال لم يبق معه إلا الفلوس، أو كقولهم أسهل الرجل و أحزن، إذا وصل إلى السهل و الحزن، لأنه انتهى أمره إلى الفلوس.

و الأصل أن المفلس فى عرف اللغه هو الذى لا مال له، و لا ما يدفع به حاجته، و لهذا لما

قال النبى صلى الله عليه و آله (۱)«أ تدرون ما المفلس؟ قالوا: يا رسول الله المفلس فينا من لا درهم له و لا متاع، قال: ليس ذلك المفلس، و لكن المفلس من يأتى يوم القيامه حسناته أمثال الجبال، و يأتى و قد ظلم هذا، و أخذ من عرض هذا، فيأخذ هذا من

---

۱- ۱ صحيح مسلم ج ۴ كتاب البر و الصله الحديث ۵۹ طبع دار احياء التراث العربى بيروت، مسند احمد بن حنبل ج ۲ ص ۳۰۳ طبع دار صادر بيروت.

حسناته و هذا من حسناته، فإن بقى عليه شى ء أخذ من سيئاتهم، فيرد عليه، ثم صار إلى النار».

و عن القاموس: أفلس إذا لم يبق معه مال، فكأنما صارت دراهمه فلوسا، أو صار بحيث يقال: ليس معه فلس، و فلسه القاضى تفليسا، حكم بإفلاسه، قلت: لا ريب فى أن أفلس بالمعنى الذى ذكروه، فيكون لازما، و اسم الفاعل منها مفلس بالكسر، و لا يكون منها اسم مفعول. نعم فلس بالتشديد اسم مفعولها مفلس، و الظاهر أن ما ذكره فى القاموس أخيرا من جمله خبطه فى المعانى، إذ الظاهر أنه أراد بذلك المعنى الشرعى، و على كل حال ففى العرف- الكاشف عن اللغه للأصل- أن المفلس بالكسر الفقير الذى لا مال له يعتد به عنده، و المفلس الذى ذهب جيد ماله و بقى معه الفلوس و ربما أطلق على الأول عرفا.

أما المفلس بالفتح شرعا، و لو على جهه المجاز أو الحقيقه المتشرعه أو الشرعيه

بناء على ثبوتها فى مثله، ففى المتن هو الذى جعل مفلسا، أى منع من التصرف فى أمواله و فى القواعد من عليه ديون، و لا مال له يفى بها، و هو شامل لمن قصر ماله و من لا مال له، بناء على عدم استدعاء السالبه وجود الموضوع، و فى المسالك نسبه هذا التعريف إلى أكثر الفقهاء منا و من العامه، عليه يكون المفلس ذلك، و إن لم يحجر عليه.

و يشهد له قولهم، لو مات المفلس قبل الحجر عليه لم تترتب الاحكام، و شرط الحجر على المفلس التماس الغرماء، و غير ذلك مما قيل إنه صار بسببها حقيقه، لكثره الاستعمال، بحيث يبعد حمله على اراده المجاز، و حينئذ يكون الفلس سابقا على الحجر و مغاير إله، و هو أحد أسبابه كما ذكروه، لا عينه و لا جزء مفهومه.

نعم قد يطلق التفليس على حجر الحاكم على المفلس، كما يقال: فلسه القاضى لكنه من باب إطلاق اسم السبب على المسبب، و حينئذ فلا مانع من اجتماع الفلس و الصغر، كما إذا استدان الولى للصبى إلى هذه المرتبه، و كذا السفيه، و لا يمنع من ذلك عدم حجر الحاكم على الصبى المفلس، لأنه ليس بشرط فى تحقق مفهومه شرعا،

و علیه فبین المعنی اللغوی و الشرعی عموم من وجه، یجتمعان فیمن علیه الدیون و لا مال له، و ینفرد اللغوی بمن ذهب ماله، و لیس علیه دین، الشرعی بمن له مال کثیر و لکن علیه دین یزید علی ماله، و به جزم فی المسالک، قال: «و علی ما یظهر من تعریف المصنف یکونان متباینین».

قلت: فیه أولا: أنه علی تعریف المصنف بینهما العموم من وجه، ضروره ملاحظته بالنسبه إلی المصداق، فالمحجور علیه تاره یکون علیه الدیون، و لا مال له، أوله مال فلوس فیجتمعان فیه، و ینفردان بما ذکره هو أیضا، و ثانیا أن الحق کون المفلس شرعا من حجر علیه لقصور ماله عن دیونه، أو لعدم ما فی یده، فیکون التحجیر علیه بالنسبه إلی المتجدد، کما صرح به الفاضل و إن کان لنا فیه بحث، تسمعه إنشاء الله تعالی، فقبل الحجر لا یسمی المدیون مفلسا شرعا، و ان استغرقت دیونه أمواله، و زادت علیها، کما یشهد لذلک التأمل لکلماتهم، و المناسبه لمعنی اسم المفعول فی المفلس، إذ منع الحاکم له من التصرف یکون کأخذ فلوسه منه، و به صرح المحقق الثانی، و الأمر سهل و الله أعلم.

### [لا یتحقق الحجر علیه إلا بشروط أربعه]

#### اشاره

و کیف کان ف لا یتحقق الحجر علیه إلا بشروط أربعه و فی القواعد و التذکره خمسه، بزیاده المدیونیه التی ترجع إلی

#### [الأول و هو أن تکون دیونه ثابته عند الحاکم ]

الأول و هو أن تکون دیونه ثابته عند الحاکم الذی أراد التحجیر علیه، أو غیره ضروره أصاله بقاء سلطنته مع عدم الثبوت، بل هو لیس مفلسا شرعا کما عرفت.

#### [الثانی أن تکون أمواله قاصره عن دیونه ]

الثانی: أن تکون أمواله من عروض و منافع و دیون غیر المستثنیات فی الدین قاصره عن دیونه فإن لم تکن قاصره فلا حجر علیه إجماعا محکیا فی جامع المقاصد و المسالک و ظاهر التذکره، بل طالبه أرباب الدین، فإن قضی و إلا رفعوا أمرهم إلی الحاکم، فیحبسه إلی أن یقضی، أو یبیع علیه و یقضی عنه، لأنه ولی الممتنع، و لا یمنع فی هذا الحال عن التصرف فی أمواله، فلو تصرف فیها بحیث أخرجها عن ملکه، قبل وفاء الحاکم بها نفذ تصرفه، و انتقل حکمه إلی من لم یکن عنده مال لدیونه، للإجمال فی التذکره علی اشتراط منع التصرف بالحجر، کما هو مقتضی الأصل.

و يحتسب من جمله أمواله معوضات الـديون لأنها من أملاكه سـيما فيما لا يكون لأهلها الرجوع فيها، كما أنه يحتسب أعواضـها من ديونه، بلا خلاف أجده بيننا.

نعم عن بعض العامه أنها لا تقوم عليه، لأن لأربابها الرجوع فيها، فلا تحتسب من ماله و لا عوضها عليه من دينه، و فيه- مضافا الى ما عرفت من أنه قـد لا يكون لأربابها الرجوع، و ثبوته بالفلس إنما يكون بعـد التحجير لا قبله، على الأصح، كما سـتعرف- أنه لا يمنع ذلـك من احتسابهـا من أمواله، بعـد أن كـانت من أملاكه، فمع عـدم القصور بها تبقى حينئـذ سـلطنته على ماله، بل الظاهر بقاؤها إذا كانت له أموال مؤجله بها يرتفع القصور، أو أموال غايبه، بل لو كانت على معسرين أمكن القول ببقاء السلطنه للأصل، لكنه لا يخلو من اشكال، و نحوهم من لا يتمكن من الاستيفاء منهم، و لو ظلما و كذا الأموال المغصوبه.

### [الثالث أن تكون حاله]

الثالث: أن تكون حاله لعدم الاستحقاق مع التأجيل. فلا يحجر عليه، و إن لم يف ماله بها لو حلت، للأصل، و لو كان بعضها حالا حجر عليه مع القصور، و سؤال أربابها، فيقسم ماله حينئـذ بينهم، و لا يـذخر للمؤجله شـي ء حتى أعواضـها و لا يدام الحجر عليه لها، كما لا يحجر بها ابتداء، و دعوى حلولها بالتحجير- كما عن الشافعى و احمد و مالك- واضـحه الفساد، لعدم الدليل القاطع، للأصل حتى القياس على الميت، لظهور الفرق بينهما ببقاء الذمه، و قابليه الإكتساب و غيرهما، كما هو واضح.

### [الرابع أن يلتمس الغرماء أو بعضهم الحجر عليه ]

الرابع: أن يلتمس الغرمـاء أو بعضـهم الحجر عليه إذ الحق لهم، فلاـ يحجر عليه مع عـدم التمـاس أحـدهم، للأصـل، إلا أن يكون الـدين لمن هو وليه، من يتيم أو مجنون أو نحوهمـا، دون الغـائب الـذى لاـ ولاـيه له عليه بالنسـبه إلى استيفـاء دينه، بل يعتبر فى التحجير عليه بالتماس البعض أن يكون دينه مقـدارا يجوز الحجر به عليه للأصل و ان عم الحجر حينئـذ له و لغيره، من ذى الدين الحـال الـذى يسـتحق المطـالبه به، و بـذلك افترق عن المؤجـل، مع أنه لم يثبت التحجير لبعض الـدين الحـال، خلافـا للتـذكره، فاسـتقرب جواز الحجر بالتمـاس البعض، و إن لم يكن دين الملتمس زائـدا عن مـاله، و لا دليل عليه يقطع الأصل، و الضـرر عليه يرتفع عنه بإجبار الحاكم له على الوفاء.

و علی کل حال فقد بان لک انه لو ظهرت أمارات الفلس علیه مثل أن یکون نفقته من رأس ماله، أو یکون ما فی یده بإزاء دینه، و لا وجه لنفقته إلا ما فی یده لم یتبرع الحاکم بالحجر علیه للأصل، فهو حینئذ کمن لم یظهر علیه أماراته، مثل أن یکون کسوبا ینفق من کسبه، خلافا للشافعی فجوز الحجر علی من ظهرت علیه أمارات الفلس، و لا ریب فی ضعفه، کضعف ما یحکی عنه أیضا من جواز الحجر علی من ساوت أمواله دیونه.

و کذا لا یحجر علیه الحاکم لو سأل هو الحجر علی نفسه، من دون التماس الغرماء، للأصل السالم عن المعارض، لکن استقرب فی التذکره جواز إجابته، لأن فیه مصلحه له، ببراءه ذمته، فکما یجاب الغرماء فی ملتمسهم حفظا لحقوقهم، یجاب هو أیضا لیسلم من حق الغرماء، و من الإثم بترک وفاء الدین، و لما

روی عن النبی صلی الله علیه و آله (۱)«أنه حجر علی معاذ بالتماسه خاصه»

و فیه ان الخبر لم یثبت من طرقنا فلیس حجه، سیما مع کون المشهور کما فی المسالک علی

خلافه. و الأول اعتبار لا یصلح مدرکا لحکم شرعی.

و ما أبعد ما بینه، و بین المحدث البحرانی الذی توقف فی أصل الحجر بالفلس و لو مع الشرائط محتجا بأنه لیس فی النصوص ما یدل علیه.

و فیه مع عدم انحصار الحجیه فیها، بل الإجماع بقسمیه هنا کاف فی ذلک، علی أن الموجود منها هنا غیر خال من الاشعار، بل الظهور، سیما النبوی المتقدم آنفا، ف

فی موثق عمار(۲)عن الصادق علیه السلام «کان أمیر المؤمنین علیه السلام یحبس الرجل إذا التوی علی غرمائه، ثم یأمر فیقسم ماله بینهم بالحصص، فإن أبا باعه فیقسمه بینهم»،

فإن الأمر بقسمه ماله ظاهر فی رفع اختیاره فی التخصیص لو أراده، بل هو ظاهر فی رفع اختیاره لو أراد التصرف فیه علی وجه یخرجه عن ملکه، حتی لا یستحق الدیانه منه، بل لعل المراد من قوله یحبس، المنع من التصرف.

---

۱- ۱ سنن البیهقی ج ۶ ص- ۴۸.

۲- ۲ الوسائل- الباب- ۶- من أبواب أحکام الحجر الحدیث- ۱- و ذیله.

كما يرشد إليه

خبر غياث (۱)عن جعفر عن أبيه عليهما السلام «أن عليا عليه السلام كان يفلس الرجل إذا التوى على غرمائه، ثم يأمر به فيقسم ماله»

الحديث. ضروره عدم معقوليه إراده غير ذلک من التفليس، خصوصا بعد قوله عليه السلام ثم إلى أخره و منه حينئذ يظهر دلاله

خبر الأصبغ بن نباته(۲)عن أمير المؤمنين عليه السلام «أنه قضى أن الحجر على الغلام حتى يعقل، و قضى فى الدين أنه يحبس صاحبه، فإن تبين إفلاسه و الحاجه، فيخلى سبيله حتى يستفيد مالا، و قضى عليه السلام فى الرجل يلتوى على غرمائه أنه يحبس ثم يأمر به، فيقسم ماله بين غرمائه بالحصص، فإن أبا باعه فيقسم بينهم»

. بل و

خبر السكونى (۳)عن جعفر عن أبيه عن على عليهم السلام «أنه كان يحبس فى الدين ثم ينظر فإن كان له مال اعطى الغرماء و إن لم يكن له مال دفعه إلى الغرماء، و يقول لهم: اصنعوا به ما شئتم، إن شئتم فأجروه، و إن شئتم فاستعملوه».

و كيف كان فلا ينبغى الشک فى أصل جواز الحجر بالفلس، على معنى منع التصرف، و لعل ذلک من مقتضى نصبه حاكما أيضا، و حينئذ ف إذا حجر عليه استحب له إظهار ذلک، بحيث لا يتضرر معاملوه، كما فى القواعد و التذكره، و محكى المبسوط و التحرير، لان مثل هذه النصيحه مراده من الحاكم، و تعلق به منع التصرف، لتعلق حق الغرماء، و اختصاص كل غريم بعين ماله، و قسمه أمواله بين غرمائه

## [القول فى منع التصرف ]

جواهر الكلام فى شرح شرايع الاسلام ؛ ج ۲۵ ؛ ص۲۸۲

نحصر القول فيه حينئذ فى هذه الثلثه.

الأول فى منع التصرف، و لا خلاف بين الأصحاب فى أنه يمنع من التصرف ابتداء فى المال الموجود حال الحجر، سواء كان بعوض أو غيره، بل و لو محاباه احتياطا لحفظ المال للغرماء و لا يتم إلا بذلک، ضروره أنه متى كان له تسلط على المال بوجه، خيف عليه منه، فلا ريب فى أن الاحتياط- لحق الغرماء الذى شرع التحجير عليه له- فى عموم منع التصرف فيه، و عن ظاهر الخلاف و كذا

---

۱- ۱ المصدر نفسه.

۲- ۲ الوسائل- الباب- ۱- من أبواب أحكام الحجر الحديث- ۴.

٣- ٣ الوسائل- الباب- ٧- من أبواب أحكام الحجر الحديث- ٣.

الغنیه الإجماع علی منعه من التصرف بماله، بما یبطل (۱)(الغرماء).

نعم لا_ یمنع مما لم یکن تصرفا فیه، کالنکاح و الطلاق و القصاص و العفو عنه، و الإقرار بالنسب، و نحو ذلک، مما هو لیس تصرفا فی المال، و ان استلزم بعضها ذلک، کالمؤنه فی الإقرار بالنسب، و نحوه.

کما لا یمنع من التصرف المحصل للمال کالاحتطاب و الاصطیاد، و أولی منهما قبول

لوصیه و الاتهاب، و الشراء بثمن فی الذمه و القرض و نحوها، مما هو مصلحه للغرماء، بناء علی تعلق حقهم بها أیضا، فتدخل حینئذ فی الحجر، کما صرح به الفاضل و الکرکی، و ثانی الشهیدین.

لکن قد یشکل بأصاله عدم تعلق الحجر بها، إذ الثابت من تعلقه بالأموال القاصره حال الحجر لا غیرها، خصوصا مع الضرر علی أصحابها فی بعض أفرادها، کما إذا اشتری فی الذمه أو باع سلما، بناء علی عدم جواز الفسخ للبائع، و إن کان جاهلا کما صرح به الفاضل و غیره، للأصل و تعلق حق الغرماء بها، و أنه لا یشارکهم فیما له من الدین لتجدده، و ستسمع تحقیق الحال فیه إنشاء الله تعالی.

و لعله لذلک أو لغیره استشکل فی تعلق الحجر بها فی الإرشاد، و لم یرجح الشهید فی المحکی عن حواشیه، و غایه المراد، بل عن فخر المحققین أن عدم التعلق أولی، و الظاهر أن محل النزاع فی أصل مشروعیه التحجیر فیها و عدمه، لا فی دخولها فی إطلاق التحجیر و عدمه، المبنی علی المفروغیه، من جواز التنصیص له علی الدخول أو الخروج، کالمفروغیه من جواز تجدید الحجر علیها، لاتحاد المدرک فیها و فی سابقها إلا ان ما عدا الأخیر یمکن منعه للأصل السالم عن معارضه ما یصلح للخروج به عنه بعد القول بعدم حجیه کل ظن حصل للمجتهد، خصوصا ما کان من أمثال هذه الاعتبارات التی یصعب الفرق بینها، و بین القیاس و الاستحسان، و حینئذ فلا یتجه

---

۱- ۱ هکذا فی النسخ المصححه لکن الظاهر إسقاط النساخ کلمه حق و الصحیح هکذا بما یبطل حق الغرماء.

جعل النزاع فيه، على أن المتجه على تقديره سؤال الحاكم إذا لم يعلم لفظ تحجيره، و لو تعذر اقتصر على المتيقن.

و على كل حال لا يمنع من أمثال هذه التصرفات، بل صرح الفاضل و الكركى بعدم منعه من نحو الوصيه و التدبير الذى لا ضرر فيه على الغرماء، لكونه بعد الموت الموجب لسبق استيفاء الدين أولا، و فيه أنه لا يتم بناء على بطلان تصرفه، و سلب عبارته فيما يتعلق بالمال الموجود، كما هو ظاهر قول المصنف فلو تصرف كان باطلا، سواء كان بعوض كالبيع و الإجاره، أو بغير عوض كالعتق و الهبه بل هو المحكى عن أبى على، و المبسوط، و التحرير، و الإيضاح، فيكون حينئذ معنى تحجير الحاكم هنا سلب الأهليه، بل قيل هو أمر زائد على منافاه حق الغرماء، و حينئذ لا فرق فيه بين الوصيه و غيرها، و لعله لذا جزم الفاضل فى المحكى عن قواعده فى باب التدبير بعدم الصحه.

اللهم إلا أن يفرق بين الوصيه و غيرها بأنها تصرف فى المال بعد الدين، بخلاف غيرها، فإنه تصرف فى المال فعلا، و إن كان لا ينفذ على تقدير الصحه إلا بعد الوفاء، مضافا إلى أنه يقوى عدم كون التحجير سلب الأهليه، لعدم الدليل، بل قولهم بنفوذ تصرف السفيه مع اجازه الولى ينافيه، و أنه لا يقصر بالحجر من التصرف فى مال الغير الذى ينفذ بالإجازه، إذ ليس التحجير إلا لمنافاه التصرف لحق الغرماء، و هو حاصل بعدم النفوذ، غير متوقف على سلب الأهليه، و لعله لذا نفى الباس عن عدم البطلان فى التذكره، و قواه فى جامع المقاصد، و فى المسالك «لعله أقوى».

و هو كذلك بناء على أن الفضولى على القاعده، بل و ان لم نقل بذلك، للفحوى حينئذ، و دعوى- ان المتجه مع الشك فى كون التحجير سلب الأهليه أو النفوذ عدم انتقال المال بمثل هذا العقد، و إن تعقبه إجازه أو تبين زياده مال، للأصل- يدفعها منع الشك، و لو لعموم «الوفاء بالعقود»(۱)اللهم إلا أن يمنع شمولها للمشكوك

---

۱- ۱ سوره المائده الآيه- ۱.

فی أهلیه النقل، کالمشکوک فی أنه یعقد علیه أولا، لکن فیهما معا بحث.

و علی کل حال فالأقوی صحه عقده، بل ظاهر جماعه من الأصحاب، بل هو کصریح التذکره عدم بطلانه برد الغرماء، و أنه یبقی موقوفا علی أن یقسم المال، لا یباع و لا یسلم إلی الغرماء، فان فضل لارتفاع قیمه غیره، أو لإبراء بعض الدیانه أو غیر ذلک، نفذ فیه التصرف، و إلا بطل، لسبق التعلق به فیه، و لیس لذوی الدین ابطال التصرف، و فسخ العقد قبل ذلک، و هو جید، و قد أومأنا إلیه فی تصرف الراهن و لو کان ما تصرف فیه متعددا ففی القواعد «انه مع القصور یبطل الأضعف، کالرهن و الهبه ثم البیع و الکتابه، ثم العتق» و عن الشافعیه احتمال نقض الأخیر کما فی تبرعات المریض إذا زادت عن الثلث، لأن المزاحمه إنما وقعت بین دیون الغرماء و الأخیر، فیکون السابق ماضیا، لعدم ما ینافیه، و استحسنه فی التذکره.

و فیه أن الحجر علی المریض إنما هو فیما زاد علی الثلث، فالأخیر هو الزائد، فیکون باطلا دون ما سواه، بخلاف المفلس، فإنه محجور علیه فی الجمیع، فلا یظهر فرق بین الأخیر و غیره لان الجمیع کالفضولی، فینبغی أن یقال حینئذ: جمیع التصرفات موقوفه و لا بد من إبطال بعضها، و لا أولویه لبعض علی غیره، بشی ء من الاعتبارین، لأن المتقدم و المتأخر سواء فی کونهما موقوفین، و الضعیف و القوی سواء فی کونهما غیر نافذین، و لا فرق بین العتق و غیره فی ذلک، فیقرع حینئذ، أو یخیرون، کما لو وقع التصرفات دفعه واحده، و قد یحتمل البطلان فی الجمیع، و فیه ضعف.

لکن فی جامع المقاصد «التحقیق أنا لو قلنا: أن الإجازه کاشفه لا ناقله کانت جمیع التصرفات مراعاه بوفاء الدین، فیظهر للتقدم أثر حینئذ، و حیث أنا رجحنا هذا القول فیما سبق کان ذلک أقوی» و فیه نظر یعرف من ملاحظه ما سلف لنا فی تصرف الراهن. فلاحظ و تأمل، و لو کان التصرف بیعا و نحوه علی الغریم صح، ضروره ظهوره فی إراده الشراء الصحیح المستلزم للرضا بالتصرف، فلو باعه حینئذ منه بالدین و لیس سواه صح لما ذکرنا، لا لما فی القواعد «من أن سقوط الدین یسقط الحجر» إذ هو مستلزم للدور، أو اقتران صحه البیع، و ارتفاع الحجر المنافی لتقدم الشرط

الذى هو رفع الحجر على المشروط، و هو صحه البيع.

و لو ظهر غريم بعد ذلك فقد يحتمل بطلان البيع من رأس، لعدم تصور مشاركته فى الثمن الذى هو الدين و البطلان فى مقدار ما يقابل دينه من العين، و الرجوع على المشترى بمقدار ما يقابلها و لعل الأقوى الأول، بناء على عدم تصور التبعيض فى حق الحجر، فمتى بطل بالنسبه إلى أحدهما بطل بالنسبه إلى الجميع، لأن حق كل منهم يتعلق بتمام العين، حتى لو أبرأ أحدهم ذمه المفلس بقى حق الأخر متعلقا بالجميع، و لا يفك من العين مقدار الدين، و لا فرق فى الحكم المزبور بين كون البائع الحاكم أو المفلس، أما لو باعه من الغريم بثمن غير الدين ثم ظهر غريم صح و شاركه فى الثمن بالنسبه، إذا كان البيع من الحاكم بثمن، إذ الظاهر عدم توقف صحه البيع على حضور كل غريم فى الواقع، و لو كان البائع المفلس بتخيل انحصار الغريم فى المشترى ثم بان وجود غيره، فقد يظهر من بعضهم نفوذ البيع، للعمومات، لكن قد يشكل بتعلق حقه واقعا فى العين، فبعد ظهوره لا بد من مراعاته كغيره من الغرماء الظاهرين، فتأمل جيدا.

و لو اشترى المفلس مالا فى الذمه و قد اشترط عليه التصرف فيه بعتق أو هبه أو نحوهما فالمتجه البطلان، بناء على سلب عبارته فى كل مال موجود حال الحجر أو متجدد، لأنه حينئذ يكون شرطا غير مقدور، فيفسد و يفسد العقد به، بناء على أن فساد الشرط مقتض لذلك، و إن قلنا بعدم سلب عبارته، فيصح العقد قطعا مع علم المشترى بحاله، و يوقع التصرف المشروط، فإن نفذ لاتفاق زياده المال فلا إشكال، و إلا أمكن اختصاص الغرماء به، و عدم تسلط البائع على الخيار، سيما إذ كان عالما بالحال لتعلق حق الغير، و عدم تقصير المشترى فى استطاعته من التصرف.

و يحتمل تسلطه لعدم انتقال المال إلى المفلس إلا على هذا الوجه، فهو كالخيار المشروط فيما لو اشترى بالذمه و الأقوى صحه أصل العقد و نفوذ التصرف لأصاله عدم منعه عن مثل هذا التصرف المستحق عليه بالشرط بعد ان انتقل المال اليه على هذا

الوجه كما هو واضح، هذا كله فى إنشاء التصرف.

أما لو أقر بـدين سابق صح فى الجمله بلا خلاف أجده فيه، بل قيل إنه كذلك قولا واحدا. نعم عن شرح الإرشاد أنه حكى عن بعض الأصحاب عـدم صحه إقراره مطلقـا، و لم نعرفه مع وضوح فساده، لمنافاته لما دل على جواز إقرار العقلاء على أنفسهم و احتمال سلب الأهليه إنما هو فى خصوص إنشاء التصرفات بالأعيان، أما الإخبار بالدين فلا وجه له معتد به فيه، كما هو ظاهر.

بـل فى المتن و محكى المبسوط و الخلاف و التـذكره و التحرير أنه صـح و شـارك المقر له الغرماء بل عن غايه المراد حكايته عن أبى منصور الطبرسى، بل هو قربه فى المحكى عن حواشيه، لكن بشرط أن يكون عدلا، لعموم جواز الإقرار المقتضى كونه كـالبينه شرعا فى الإثبات، و احتمال التهمه يـدفعه أن الإقرار فى حقه أكثر منه ضررا فى حق الغرماء، و فيه أن العموم إنما يـدل على لزومه، و نحن نقول به، و عدم مشاركته باعتبار معارضـته لحق الغير الذى لا ينفذ هو فيه، إذ حق الغرماء قد تعلق بالأعيان بل قيـل إنه أقوى تعلقـا من حـق الرهـانه، و بـذلك يظهر لـك الفرق بينه و بين الـبينه الـتى لم يفرق الشـارع فى نفوذ مقتضاهـا بين الجميع، و عـدم النفوذ فى حق الغير للأصل، لا للتهمه، و لـذا كفى فى عدم النفوذ عدم العلم بصدق الإقرار، و إن لم يتهم المقر، و من هنا اختار الفاضل، و الشهيدان، و الكركى، و غيرهم على ما حكى عنهم عدم النفوذ، و هو قوى جدا.

لكن قـد يشـك فى كيفيه تعلق حق الغرمـاء بـالعين على وجه يمنع الإـقرار، و الأصـل يقتضـى عـدمه، و سلب الأـهليه فى إنشـاء التصـرف أو عدم النفوذ لا يقتضـى ذلك، إذ هو من الحاكم فى تحجيره لا من تعلق حق الغرماء بالعين. و على تقديره لا يقتضى مثله فى الإقرار، فتأمل جيدا، فإنه قد يدفع ذلك كله صدق كون الإقرار فى حق الغير، فيكون ممنوعا.

و لو أسـند الـدين فى إقراره إلى مـا بعـد الحجر بمعامله و نحوها مما يحصل برضا الطرفين، لم يشارك قطعا، لعـدم زياده الإقرار بذلك على نفس المعامله التى قد عرفت

عدم المشاركه بها للغرماء لو وقعت بعد الحجر، نعم لو أسند إقراره بالدين إلى ما بعد الحجر على وجه يشارك لو كان المقر به معلوما ثبوته، كإتلاف مال أو جنايه، جرى فيه البحث السابق، لاتحاد المدرك، لكن فى الروضه اختيار عدم المشاركه فى الأول دون الثانى، و هو غريب، و أغرب منه تعليله ذلك بما تسمعه من دليل المشاركه فى الجنايه، و البحث هنا من حيث الإقرار لا من حيث نفس الجنايه، و من هنا أمكن كون مراده الفرق بين الجنايه و المعامله الاختياريه، فلا يكون مخالفا فلاحظ و تأمل و لو أقر بدين و أطلق، فأصاله تأخر الحادث تقتضى تأخره عن الحجر المعلوم تاريخه، فلا يشارك، و إن قلنا بها فى غيره.

و كذا البحث فيما لو أقر بعين لمن صدقه فى ذلك. نعم لو قلنا بنفوذ الإقرار فيها دفعت إلى المقر له لعدم كونها حينئذ من أموال المفلس، و لكن فيه اى فى نفوذ الإقرار فيها عند المصنف تردد و إن جزم بالشركه فى الإقرار بالدين، بل حكى عن بعضهم الجزم بالفرق بينهما فى ذلك، و لعله لتعلق حق الغرماء بأعيان ماله، فيكون الإقرار بها إقرارا منافيا لحق الغير، كالرهن و نحوه، و يشكل بأنه لا- فرق بين أخذ بعض الأعيان بموجب التقسيط مساواه لهم، و بين أخذه ذلك البعض تقديما له عليهم، مع تعلق حقهم بالعين، و من هنا كان الأقوى عند الشهيدين، و الكركى، و الفاضل فى الإرشاد، عدم الفرق بينهما، فى عدم النفوذ، بحيث ينافى حق الغرماء كما أن خيره المحكى عن المبسوط، و التحرير عدمه، فى النفوذ فيهما فيشارك فى الأول، و تدفع العين للمقر له فى الثانى، لكن قد يدفع بعدم صدق التصرف فى المال فى الأول، و ان رجع إليه بالأخره كرجوع نفقه من أقر بنسبه بخلاف الثانى، فإنه كالتصرف فى المال نفسه، فهو معارض لحق الغير، بل مندرج فى الحجر عليه فى المال.

و فيه أنه لا فرق فى عدم نفوذ الإقرار فى حق الغير، بين العين و الدين الذى هو أيضا كالتصرف فى المال أيضا، و لذا لم يمض إقرار بعض الورثه بالدين على الآخر كالعين، بل قد يقال بأولويه نفوذه فى العين من الدين، باعتبار عدم ثبوت كونها من

مال المفلس بعد الإقرار، حتى يتعلق بها الحجر، لكونه أقوى من اليد، و من هنا حكى عن بعضهم القول بذلك، فيرجع حاصل الأقوال فى المسأله إلى أربعه أقواها عدم النفوذ، و ربما قيل إنها خمسه، بزياده القول بأن العين تؤخر و يقسم غيرها بين الغرماء، فان فضلت أعطيت للمقر له، و إلا دفعت إلى الغرماء، و لعله ليس قولا فى المسأله، بل يقول به الجميع جمعا بين الحقين.

و على كل حال فقد صرح بعضهم بضمان المفلس القيمه أو المثل، بناء على دفعها للغرماء، من غير فرق بين تقصيره فى الإقرار بها قبل الحجر و عدمه، و لعله لأنها قد أخذت فى دينه، و فيه اشكال مع عدم التقصير، و أخذها فى دينه مع عدم براءه ذمته بذلك إلا مع اجازه المالك، لا يقتضى ضمانها بعد أن كان الآخذ غيره، فالقضاء بها حينئذ كالقضاء بالمتبرع به، اللهم إلا ان يقال إن الأصل ضمان كل ما وصل نفعه إليك من المال المحترم، إلا أن يتبرع به المالك، مضافا الى عموم

«على اليد»

فتأمل جيدا.

أما لو كذبه المقر له بها ففى القواعد و محكى التذكره أنها تقسم و لعله لعدم صحه الإقرار مع الرد بخلافه مع التصديق، و فيه أنه بناء على نفوذ إقراره يتجه دفعها إلى المقر له مع التصديق، و إلا خرجت عن ملك المقر فلا يتعلق بها حجر، فإذا كانت فى يده توصل إلى وصولها لصاحبها، و إن كانت فى يد غيره، صارت مجهول المالك و على كل حال لم يكن للغرماء تعلق بها و الله أعلم.

و لو قال: هذا المال مضاربه لغائب قيل: يقبل قوله مع يمينه، و يقر فى يده، و ان قال: لحاضر و صدقه دفع إليه، و إن كذبه قسم بين الغرماء و هو المحكى عن المبسوط، قال: إذا أقر بالمال، إلا أنه قال: هو مضاربه لفلان، فإن المقر له لا يخلو من أحد أمرين. إما أن يكون غائبا أو حاضرا، فإن كان غائبا كان القول قول المفلس مع يمينه أنه للغائب، فإذا حلف أقر المال فى يده للغائب، و لا حق للغرماء فيه، و إن كان حاضرا نظر فيه، فإن صدقه ثبت له، لأنه إقرار من جائز التصرف، و صدقه المقر له، فوجب أن يكون لازما، و إن كذبه بطل إقراره، و وجب

قسمته بين الغرماء.

و فيه انه لا ـ فرق بين ذلك و بين الإقرار بالعين التى لم يحك عنه فيها مثل ذلك، مضافا إلى ما قيل: من أنه لم يشرع اليمين لإثبات مال الغير، و إن كان قد يدفعه أنها لرفع التهمه، لا للإثبات، و من أنه لا معنى لإقراره فى يده مع سلب أهليه اليد، لأن الحجر عليه رفع يده عن السلطنه الماليه. و يدفعه أيضا منع صيرورته بالحجر كذلك، إذ هو مكلف رشيد، و لا عدوان فى يده، و الحجر انما يرفعها عن ماله، لا عن مال غيره. إنما الكلام فى نفوذ إقراره، فعلى تقديره فالإقرار فى يده متوجه، و التحقيق عدم الفرق بين هذه المسأله و سابقتها، فيجرى فيها الكلام السابق حينئذ و الله أعلم.

و لو اشترى بخيار و فلس و الخيار باق، كان له إجازه البيع و فسخه بلا خلاف أجده فيه لأنه ليس بابتداء تصرف فى المال، بل هو أثر أمر ثابت قبل الحجر المانع له من ابتداء التصرف فى المال، للأصل و غيره، بل ظاهر المصنف، و صريح الكركى، و ثانى الشهيدين، و المحكى عن المبسوط، و التحرير، عدم اعتبار الغبطه فى ذلك، بل له الفسخ و إن كان فيه مفسده على الغرماء، للأصل بعد عدم ما يدل على منع الحجر إياه عن مثل ذلك، خلافا للفاضل، فاعتبر الغبطه فى خيار العيب دون غيره، و وجهه الشهيد بأن الخيار فى غيره ثابت بأصل العقد، لا على طريق المصلحه فلا يتقيد بها، بخلاف العيب.

و فيه أن كلا ـ من الخيارين ثابت بأصل العقد، غايه ما فى الباب أن أحدهما ثبت بالاشتراط مثلا، و الآخر بمقتضى العقد، و لم يكن ثبوت أحدهما مقيدا بغبطه و لا بعدمها، إذ لم يقل أحد بتقييد فسخ العيب فى غير المفلس بالمصلحه، بل صرحوا بجواز الفسخ له، و ان زادت القيمه بسبب العيب، كالخصاء، و الحكمه فى أصل المشروعيه لا ـ يجب اطرادها، و إلا ـ لاقتضى اعتبار الغبطه فى الفسخ بكل خيار، ضروره كون الحكمه فى مشروعيه أصل الخيار فى مثل البيع الذى الأصل فيه اللزوم إمكان أن يتجدد لذى الخيار ما يوجب اراده الفسخ، فلا يجد السبيل إليه، فيحصل عليه ضرر.

و أضعف من ذلک تعلیل الفرق بینهما بأن العقد فی زمن الخیار متزلزل لإثبات له، فلا یتعلق حق الغرماء بالمال، إذ التزلزل مشترک بینهما، فالقول: حینئذ بعدم اعتبار الغبطه فی الجمیع لا یخلو عن قوه. نعم قد یفرق بینهما بأن العیب لم یوجب استحقاق الرد خاصه، بل أوجبه مع الأرش، و إن کان علی جهه البدل، بل لعل اقتضاؤه الأرش أقوی، بدلیل عدم سقوطه بالتصرف و نحوه مما یسقط به الرد، بل قد یقال: إن الأرش ثابت به و إن کان له إسقاطه بفسخ العقد، فالحاصل حینئذ باختیاره اللزوم مثلا سقوط الرد لا ثبوت الأرش، و إن کان لا یخلو من اشکال.

و حیث کان کذلک اتجه حینئذ دعوی تعلق حق للغرماء بهذا الخیار من بین الخیارات، کما انه اتجه اعتبار الغبطه، ترجیحا لمن یکون معه علی الأخر، إذ قد عرفت اجتماع الجهتین أی الأرش و الرد فی هذا الخیار، بخلاف غیره من أفراد الخیار حتی الغبن، فإنه لیس فیه جهه للمال أصلا، فلا یتقید بالغبطه أو عدم المفسده، بل ربما یؤیده ما قیل: من أن المریض إذا اشتری معیبا و لم یرده مع کون الغبطه فی رده احتسب نقص عیبه من الثلث، و لعل من ذلک ینقدح أنه لو لم یکن للمفلس إلا الرد بالعیب لإسقاط الأرش قبل الفلس و نحوه لم تعتبر الغبطه فیه، إذ هو حینئذ کغیره من الخیارات، کما أنه قد ینقدح من ذلک وجه آخر، لأصل ثبوت الخیار بعد الفلس بغیر العیب، بأن یقال: إنه لیس تصرفا فی مال، و إن رجع إلیه بالأخره، و إن کان فیه بحث ظاهر، و لعله لذا کان ظاهر المحکی عن الأردبیلی، و بعض الشافعیه، اعتبار الغبطه فی جمیع أنواع الخیار، لان الفسخ نوع تصرف فی المال.

و فیه أن المتجه حینئذ منعه منه، من دون اذن الغرماء، لأنه حینئذ کالتصرف فیه ببیع و نحوه، لا تقییده بالغبطه، و لم أقف علی قائل به، و إن کان یشهد له فی الجمله منع السفیه عنه، لکن قد یفرق بینهما بأن الحجر یقتضی تعلق حق الغرماء بمال المفلس علی حسب کیفیه ملکه له فی اللزوم و التزلزل، لا أن به تختلف جهه ملکه، فمع کون الملک بالنسبه إلیه متزلزلا یبقی علی حاله بعد الفلس و من ذلک ینقدح ان له الخیار أیضا فیما یشتریه فی الذمه بعد الفلس، لأن المال قد انتقل الیه

على هذا الحال، و تعلق به حقهم على هذا الحال فلا يمنع منه، و لو لم يكن للمفلس الا الرد، فتأمل جيدا و الله أعلم.

و لو خرج المال عن المفلس بعقد متزلزل كالهبه و نحوها قبل الفلس لم يستحق الغرماء عليه الرجوع قطعا، كما هو واضح. نعم لو كان له حق فقبض دونه قدرا أو وصفا على جهه الإسقاط و الإبراء كان للغرماء منعه قطعا لانه تصرف فى المال بما ينافى حقهم، بل فى جامع المقاصد و غيره لهم منعه من قبض بعض الحق، و إن لم يكن على جهه الإسقاط للباقى، إذا حصل ضرر كما فى قبض بعض ثمن المبيع، قال: لأن فيه إسقاطا لحق يتعلق بالمال، فيمنع منه، لانه تصرف مبتدأ أما إذا لم يكن كذلك كقبض بعض ما استحقه بإتلاف مال، أو قرض و نحوهما، مما يلزم عليه فيه قبض البعض لو بذله من عليه كالجميع، كان له قبض البعض، و فيه أنه يمكن المناقشه فى منعه عن إسقاط هذا الحق الذى هو ليس بأولى من حق الخيار، فتأمل جيدا هذا.

و فى المسالك أن نسبه القبض إليه على طريق المجاز، فإنه لا يمكن من قبض المال لاقتضاء الحجر ذلك، و إنما المراد، إثبات تسلطه على الحكم المذكور و إن كان القابض غيره، و فيه أن أقصى ما ثبت من الحجر منعه من التصرفات المنافيه لحق الغرماء لا غيرها، للأصل و غيره، قال فى القواعد: «و لا يمنع من وطى مستولدته و لم يفرق بين كون ثمنها من جمله دين الغرماء أولا، و لا بين القول بإجارتها و عدمه» لكن قال: «و فى وطى غيرها من إمائه نظر» و عن التذكره أقر به المنع، و فى جامع المقاصد «أنه الأصح» إلا أنه يمكن أن يكون ذلك من جهه التعريض للإتلاف بالطلق أو نقصان القيمه، أو بصيرورتها أم ولد، بناء على بطلان حق الغرماء بها حينئذ، و فيه نظر، بل جزم فى القواعد و محكى التذكره بعدمه، و لعله لسبق تعلق حقوقهم، إلا أن الظاهر تأخيرها فى البيع لتبين القصور و عدمه، لئلا يبطل حق الاستيلاد، و على كل حال فمنع المفلس من التصرف بماله على وجه لا ينافى حق الغرماء لا يخلو من بحث، بل منع. و الله أعلم.

و لو أقرضه إنسان مالا بعد الحجر مثلا أو باعه بثمن فى ذمته، لم يشارک الغرماء، و کان ثابتا فى ذمته إذا کان عالما بحاله اتفاقا، کما فى المسالک، بل و ان کان جاهلا کما صرح به الفاضل، و الشهیدان، و الکرکی، و غیرهم، للأصل خصوصا على القول بتعلق حقوق الغرماء بالمال المتجدد، و خبر الاختصاص (۱)بعین المال فى الفلس، إنما هو للغریم قبل الحجر، و المشارکه لهم لا دلیل علیها و ان کان قد أدخل لهم مالا عوض دینه.

و من ذلک یظهر لک ما فى احتمال الضرب و احتمال الاختصاص، بل یزید الأول ضعفا أن الجهل لا مدخلیه له فى مشارکه الغیر، بعد فرض اختصاص الحجر للدیون السابقه، إذ دعوى- أن المحجر لاحظ فى التحجیر الدیون السابقه و مثل المفروض- لا دلیل علیها، بل فى المسالک «أن الوجهین شاذان، لأنه ان کان غریما اختص بعین ماله، و إن لم یکن غریما لم یضرب» و ان کان قد یتکلف لدفع ذلک، کما أنه یظهر لک أیضا ما فى المحکی عن فخر الإسلام فى شرح الإرشاد، من الصبر و الضرب، لکونه غریما و أدخل مالا فى مقابله الثمن، و الاختصاص للعموم، فالأقوى حینئذ وجوب الصبر بناء على تعلق الحجر بالمتجدد، و الا کان له المطالبه بالوفاء منه، ثم إن ظاهر التعلیل للمشارکه

بإدخال المقابل فى أموال المفلس یقتضی عدمها إذا لم یکن کذلک، و کان برضا من المستحق کما فى المهر و عوض المتلف بالاذن، و لعله کذلک للأصل، و نفى الخلاف عنه فى التذکره.

و لو أتلف مالا بعد الحجر ضمن، و ضرب صاحب المال مع الغرماء کما فى القواعد و جامع المقاصد و المسالک، و إن ذکروا معه الجنایه أیضا، لعدم الفرق بینها و بین التلف فى ذلک، إذ المدرک فى الجمیع أن الثابت هنا من المال من غیر رضا صاحبه، و إن کان هو کما ترى، و کذا الاستدلال علیه بعموم الخبر الدال على الضرب و بما دل على وجوب العوض، فانا لم نقف على خبر ظاهر فى شمول الفرض، و ما دل على وجوب العوض لا یقتضی المشارکه، و کأنه لذلک لم یرجح فى التذکره بل جعل

---

۱- ۱ الوسائل- الباب ۵ من أبواب الحجر الحدیث- ۱- ۲.

أول الوجهين عـدم الشـركه لتعلق الحق، و لانه كما لو جنى الراهن و لا مال له غير المرهون، فإن المجنى عليه لا يزاحم المرتهن، قلت: كـل ذلـک مضافـا إلى الأصـل، و لعله لـذلک حکى عن الأـردبيلى التأمل فيما ذكروه من المشاركه، و هو فى محله، و الله أعلم.

و لو أقر المفلس بمال بعد الحجر أو ثبت شـغل ذمته بمال بعده كذلک مطلقا و جهل السبب فى ثبوته، فلم يعلم أنه مما يشارک به كالإتلاـف و الجنـايه، أولاـ كمـا إذا كـان برضـا من المسـتحق و علم منه أو جهـل على الأصـح لم يشـارک المقر له الغرماء، لاحتماله ما لا يستحق به المشاركه فالأصل عدمها حينئذ و احتمال أن الأصل المشاركه حتى يعلم كونه مما لا يشارک، لا شاهد له، بـل هو على خلافه، ضـروره كونها من الأمور الحادثه، و الأصل عـدمها، بل الظاهر عـدم وجوب الاسـتفصال أيضا حال عـدم العلم بجهله، للأصل، أما لو أطلق مع ذلک أو بدونه فى السـبق و اللحوق، و جهل تاريخ الحجر و الدين، فالأصلان متعارضان، و يبقى أصاله عدم تعلق خصوص هذا الدين سالما.

و دعوى- أن اللحوق مـانع و لم يثبت، فالأصل المشاركه-، لم نتحقق لها شاهـدا، بل الشاهـد بخلافها، كما عرفت، حتى لو سـلم الشک فى المقام فى كون السـبق شـرطا فى المشاركه، أو أن اللحوق مانع، إذ أصاله عدم التعلق تغنى عن ذلک، و لو علم تاريخ أحدهما بنى تأخير أحدهما على ما تقدم سابقا فى نظائر المسأله، و حينئذ يشارک لو كان المعلوم الدين هذا. و فى المسالک هنا نظير مـا حكينـاه عنه سابقـا فى الروضه، و فيه ما لا يخفى، و فى جواز العمل بما ذكرناه من الأصول بلا اسـتفصال وجه فلا يجب حينئذ و إن كان يمكن أن يحصل به رفع الاشكال. و الله أعلم.

و لا تحل الديون المؤجله بالحجر بلا خلاف أجده من غير الإسـكافى، للأصل بعد حرمه القياس على الميت، و كونه مع الفارق، كمـا قيـل: بتضـرر الورثه و الغرمـاء بـدونه فيه، لعـدم ذمه له بخلاـف المفلس، مضافـا إلى انه لاـ خلاف بيننا بل و بين غيرنا عـدا الحسن البصرى المنقرض خلافه فى أنها تحل بالموت

بل الإجماع بقسميه عليه، ل

خبر أبی بصیر(۱)«إذا مات الرجل حل ماله، و ما علیه من الدین»

و

السکونی (۲)«إذا کان علی الرجل دین إلی أجل و مات الرجل حل الدین»

و

الصحیح المضمر(۳)«إذا مات فقد حل مال القارض».

بـل ظـاهر الأولین کمعقـد المحکی من إجماع الخلاف عـدم الفرق بین مال السـلم و الجنایه المؤجله، و غیرهما، خلافا للمحکی عن إیضاح الفخر، و حواشـی الشـهید، من عدم حلول السلم بالموت، و لعله لأنه یقتضی قسطا من الثمن، لکنه کما تری لا یصلح معارضـا للـدلیل، و کـذا ما قیل: من تعلیل احتمال خروج الجنایه، بأن تأجیلها شـرعی، لا مـدخلیه لرضا المیت فیه، إذ لا فرق بین الجمیع فیمـا عرفت من الـدلیل و دعوی- أن بینه و بین مـا اقتضـی بقاء أجله تعارض العموم من وجه- یـدفعها أن ذلک قائم فی کـل فرد من أفراد الـدین، مع أنه لاـ إشـکال فی انسـیاق التخصـیص فی الجمیع، فـالتحقیق فی أمثـال ذلک ملاحظه الحاصل من مجموع الأدله، و لا ریب فی ظهور التخصیص حینئذ، فتأمل، و أما حلول ما له فستعرف البحث فیه إنشاء الله تعالی.

### [القول فی اختصاص الغریم بعین ماله ]

القول الثانی فی اختصاص الغریم بعین ماله و تفصیل الکلام أن من وجد منهم عین ماله کان له أخذها، و لو لم یکن سواها: و له أن یضـرب مع الغرماء بـدینه، سواء کان عنـده وفاء لغیره من الغرماء أو لم یکن علی الأظهر الأشـهر بل المشـهور، بل لا أجد فیه خلافا معتـدا به إذا کـان وفـاء، بـل الإجمـاع بقسـمیه علیه، بـل لاـ أجـد خلافـا فیما إذا لم یکن، إلا من المحکی عن الشـیخ فی التهذیب، و الاسـتبصار، و النهایه و المبسوط، فخص الاختصاص بما إذا کان وفاء، بتجدد مال آخر للمفلس بإرث أو اکتساب أو بکون الـدیون إنمـا تزیـد علی أمواله مع ضـمیمه الـدین المتعلق بمتـاع واجـده، فإذا خرج الـدین من بین دیونه، و المتاع من بین أمواله صارت وافیه بالدیون، أو بغیر ذلک مما یتصور فیه ذلک، بحیث لا ینافی القصور الذی هو شرط الفلس.

---

۱- ۱ الوسائل الباب ۱۲ أبواب الدین و القرض الحدیث ۱.

۲- ۲ الوسائل الباب ۱۲ أبواب الدین و القرض الحدیث ۳.

۳- ۳ الوسائل الباب ۱۲ أبواب الدین و القرض الحدیث ۲.

و لا ریب فی ضعفه،

للنبوی (۱)المروی فی کتب فروع الأصحاب «إذا أفلس الرجل و وجد سلعته فهو أحق بها»

و نحوه غیره و إطلاق

صحیح عمر بن یزید(۲)عن أبی الحسن علیه السلام «سألته عن الرجل ترکبه الدیون، فیوجد

متاع رجل آخر عنده بعینه، قال: لا یحاصه الغرماء»

المراد منه و لو بضمیمه کلام الأصحاب فسخ العقد لا عدم المحاصه فی الوفاء، و الا لوجب التعرض لزیادته علی دینه و نقیصته.

و أوضح منه فی ذلک

مرسل جمیل (۳)عن أبی عبد الله علیه السلام «فی رجل باع متاعا من رجل، فقبض المشتری المتاع و لم یقبض الثمن، ثم مات المشتری و المتاع قائم بعینه، فقال: إذا کان المتاع قائما بعینه، رد إلی صاحب المتاع و قال: لیس للغرماء أن یحاصوه»

فإنه ظاهر فی إراده عدم المحاصه للفسخ، و ان کان هو غیر ما نحن فیه، إذ الکلام فی المفلس الحی، و هذا فی المیت، و ان لم یکن مفلسا، ل

صحیح أبی ولاد(۴)«سألت أبا عبد الله علیه السلام عن رجل باع من رجل متاعا إلی سنه، فمات المشتری قبل أن یحل ماله، و أصاب البائع متاعه، إله أن یأخذه إذا حقق له؟ فقال علیه السلام إن کان علیه دین و ترک نحوا من دینه فلیأخذ إن حقق له، فان ذلک حلال له و ان لم یترک نحوا من دینه فان صاحب المتاع کواحد ممن له علیه شی ء یأخذ حصته، و لا سبیل له علی المتاع»

و به یقید مرسل جمیل فیکون الحاصل ما ذکره المصنف بقوله:

أما المیت فغرماؤه سواء فی الترکه، إلا ان یترک نحوا مما علیه، فیجوز حینئذ لصاحب العین أخذها کغیره من الأصحاب، بل لا أجد فیه خلافا سوی ما یحکی عن ابن الجنید من الاختصاص و إن لم یکن وفاء کالحی، و کأنه اجتهاد فی مقابله النص، بل ظاهر النص و الفتوی اشتراط الاختصاص فی المیت بما عرفت، و إن کان قد مات محجورا علیه، بل صرح به فی المسالک، و لعلهم رجحوا ذلک علی إطلاق

---

۱- ۱ المستدرک ج ۲ ص- ۴۹۶- عن دعائم الإسلام عن أمیر المؤمنین علیه السلام باختلاف یسیر و فی سنن البیهقی ج ۶ ص ۴۵.

۲- ۲ الوسائل- الباب- ۵- من أبواب أحکام الحجر الحدیث ۲.

٣- ٣ الوسائل- الباب- ٥- من أبواب أحكام الحجر الحديث ١.

٤- ۴ الوسائل- الباب- ٥- من أبواب أحكام الحجر الحديث ٣.

صحیح عمر بن یزید للحکمه الواضحه فی هذا الشرط بالنسبه إلی المیت دون الحی، إذ المیت لم تبق له ذمه بعد الموت، فلا یناسب الاختصاص إلا مع الوفاء، لئلا یتضرر الغرماء، بخلاف الحی، فإن ما یتخلف من الدین متعلق بذمته، فربما لا یضیع.

و فی المسالک عن بعضهم أن الحکم مختص فی المیت المحجور علیه، قال:

«و إطلاق النص یدفعه».

قلت: هو المحقق الثانی فی جامع المقاصد، و ضعفه واضح، و الأنسب منه القول بعدم اشتراط الوفاء فی الاختصاص إذا کان قد مات مفلسا، استصحابا للخیار الثابت لصاحب العین فی حال الحیاه، و لا طلاق صحیح عمر بن یزید منضما إلی عدم ظهور صحیح أبی ولاد و مرسل جمیل فی موت المفلس، بل لعلهما ظاهران فی غیره، بل لعله لا یخلو من قوه، إن لم یکن إجماع علی خلافه، فتأمل جیدا، فإنی لم أجد تنقیحا له فیما حضرنی من کلام الأصحاب.

نعم قد سمعت التصریح بخلافه فی المسالک، و کذا العلامه فی التذکره، بل ظاهرهما أنه مفروغ منه، و لعل وجهه أن العین قد انتقلت بالموت إلی الوارث، فذهب شرط خیار الفلس، و لم یبق إلا الخیار من حیث الموت المشروط بالوفاء فی صحیحه أبی ولاد. و علی کل حال فما عن الشیخ رحمه الله لم نجد له شاهدا بالخصوص سوی دعوی الجمع بین النصوص، بحمل ما دل منها علی الاختصاص علی ما إذا کان وفاء، و ما دل منها علی عدمه، ک

خبر أبی بصیر(۱)«سئل أبو عبد الله علیه السلام عن رجل کانت عنده مضاربه و أموال أیتام و بضائع، و علیه سلف لقوم فهلک و ترک ألف درهم، أو أکثر من ذلک، و الذی للناس علیه أکثر مما ترک؟ فقال: یقسم لهؤلاء الذین ذکرت کلهم علی تقدیر حصصهم أموالهم»

و غیره علی ما إذا لم یکن وفاء من غیر فرق بین الحی و المیت، لکن فیه أنه لا شاهد علی هذا الجمع، إذ صحیح أبی ولاد و مرسل جمیل فی المیت الذی قد عرفت الحکم فیه، و الکلام فی المفلس الحی الذی هو لعله

---

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۵- من أبواب أحکام الحجر الحدیث- ۴.

الظاهر من صحيح عمر بن يزيد، كما أن الظاهر من قوله فيه لا يحاصه الغرماء قصور المال عن الوفاء، و ان الحاكم قد حجر عليه فهو أحد أدله التحجير على المفلس الذى أنكره فى

الحدائق، كما أنه أنكر فى المقام دلاله النصوص على الخيار الذى عند الأصحاب و إنما هى داله على الاختصاص فى الغرماء، و لا ريب فى ضعفه فى المقامين، و حينئذ فليس أخذ العين عزيمه عليه، بل له أن يفسخ و يأخذ العين، و له أن يضرب بالثمن على الغرماء، كما أومى إليه فى صحيح أبى ولاد، و ليس أن يفسخ و يضرب بقيمه المتاع ان كانت أزيد من الثمن قطعا.

نعم قد يقال: إن له ذلك إذا تلفت العين بعد الحجر، و تعلق الخيار بها، إذ احتمال سقوط خياره حينئذ مناف للاستصحاب، و لإطلاق الدليل، مع أنه يمكن فرض التلف بعد اختيار الفسخ، و قبل وصول العين اليه، و قد يعلم فى الفرض اختصاصه بالقيمه التى هى بدل العين عن الغرماء، و فيه ضعف، لان الدليل إنما اقتضى الاختصاص بالعين لا بقيمتها التى قد استحقت بعد الفسخ، فهى كنموها من الديون التى يضرب أصحابها مع الغرماء، و ان تجددت بعد الحجر، كما ستعرف إنشاء الله تعالى فتأمل جيدا.

و كيف كان ف هل هذا الخيار فى ذلك فى الحى أو الميت على الفور قيل: نعم لأنه على خلاف الأصل فيقتصر فيه على المتيقن، و عن المبسوط أنه أحوط، و فى المسالك أولى، و فى محكى التذكره أنه الأقرب، و جامع المقاصد، يمكن ترجيحه بأنه الأشهر فى كلام الأصحاب، و فيه جمع بين الحقين، فالقول بالفوريه قريب، هذا.

و قد يشعر قول المصنف و لو قيل بالتراخى جاز بالميل إلى التراخى، و لعله كذلك لإطلاق الدليل، و قد تقدم فى الخيارات تحقيق نظائر هذا البحث، ثم إنه لا فرق فى الرجوع بالعين فى الفلس بين دفع الغرماء للدين من مال المفلس، أو من مالهم و لو بإباحه للمفلس أن يفى عن نفسه، و عدمه لا للمنه، و تجويز ظهور غريم، لعدم اطرادهما، بل لإطلاق النص (۱)الذى لا فرق فيه مع ذلك أيضا بين زياده قيمه

---

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۵- من أبواب أحكام الحجر الحديث- ۱- ۲.

السلعه، أو كثره الراغبين إليها بحيث يرجى صعود سعرها، و عدمه، خلافا للتذكره فأوجب حينئذ قبول ما بذله الغرماء من دينه، و كأنه اجتهاد فى مقابله النص، بل فيها أيضا ما يقتضى وجوب القبول لو بذل الثمن باذل من ماله تخليصا للعين، و إطلاق النص يدفعه.

نعم يعتبر فيه حلول الدين، فلا رجوع لو كان مؤجلا، لعدم استحقاقه المطالبه حينئذ، فلا يستحق الفسخ، و لو حل قبل فك الحجر و قبل الوفاء بها فالأصح فى جامع المقاصد عدم الرجوع بها أيضا، لتعلق حق الغرماء بها، فلا يستحق إبطاله، لكن فى القواعد اشكال، و لعله من ذلك، و من عموم الخبر، بل عن التحرير الجزم بالرجوع، و هو جيد بناء على مشاركه الدين المؤجل الحال قبل قسمه الكل أو البعض، لاندراجه حينئذ فى عموم النص المزبور، كما صرح به فى الروضه، لكنه لا يخلو من إشكال، لسبق تعلق حق الغير، و لأصاله عدم المشاركه، و لذا قرب فى التذكره أنه لو حل الأجل قبل انفكاك الحجر أنه لا يشارك صاحبه الغرماء، و بنى عليه أنه ليس

لصاحب الدين الذى قد حل الرجوع فى عين ماله، سواء كان الحاكم دفعها فى بعض الديون أولا و هو جيد، لكنه صرح بعد ذلك فى آخر كتاب الفلس، أنه إذا حل المؤجل قبل قسمه الكل أو البعض شارك فيما لم يقسم، و يمكن الجمع بين كلاميه بحمل ما هنا على عدم الشركه إذا كان الحلول بعد القسمه، بخلاف الأخير، إلا أن تعليله الفرع ينافى ذلك و يمكن دفعه أيضا فتأمل.

هذا كله فى المعاوضه المحضه و لو قرضا فإنه صرح فى التذكره بأنه للمقرض الرجوع بعينه إذا فلس المقترض، و كان عين المال موجوده، أما ما ليست كذلك، بل فيها شبه للمعاوضه، فلا فسخ، للأصل السالم عن المعارض، ضروره عدم اندراج مثل النكاح و الخلع و العفو عن القصاص على مال و نحوها فى الخبر المزبور، فلا تفسخ الزوجه النكاح بتعذر الصداق و لا الزوج الخلع بتعذر العوض بإفلاس الزوجه و لا العافى بتعذر عوضه، كما هو واضح، بل لا أجد فيه خلافا، بل فى جامع المقاصد الإجماع عليه.

و الظاهر اعتبار بقاء العين على ملك المفلس بذلك العقد، لانه المنساق من إطلاق

الخبر المزبور الذى خرجنا به عن أصاله اللزوم، و

خبر «من وجد عين ماله فهو أحق بها»

لم نجده فى أصولنا، فلو خرج عن ملكه حينئذ ثم عاد إليه بسبب آخر قبل الحجر، لم يكن له الرجوع حينئذ، و ان لم يكن بعوض كالهبه و الوصيه و نحوهما، و اولى من ذلك لو كان عوده بعد الحجر، ضروره اقتضاء الفاء عدمه بل قد يقال: بعدم جواز الرجوع له، لو عاد بفسخ خيار أو إقاله على إشكال، لكن فى القواعد «لو عاد إلى ملكه بلا- عوض كالهبه و الوصيه، احتمل الرجوع، لأنه وجد متاعه، و عدمه لتلقى الملك من غيره».

و فى الوجه الأول ما عرفت، مضافا إلى أن فسخ البيع إنما يقتضى بطلان ملكه به، لا بسبب غيره، كما هو المفروض، بل قال: و معه: أى القول بالرجوع، فإن عاد بعوض كالشراء فان و فى البائع الثمن فكالأول: أى فى احتمال الرجوع، و عدمه من الوجدان، و عدم معارضه الثانى الأول بعد وفاء ثمنه، و من أن المعاوضه الثانيه أوجبت استحقاق الرجوع للثانى عند عدم الوفاء فلا يبقى للأول رجوع، لامتناع ثبوت حق الثانى مع بقاء حق الأول، و هو كما ترى بعد ما عرفت من عدم الرجوع فى المسأله السابقه، ففى المقام بطريق أولى.

بل قال: و ان لم يكن وفاء الثمن احتمل عوده إلى الأول لسبق حقه، و إلى الثانى لقرب حقه، و تساويهما فيضرب كل منهما بنصف الثمن.

و هو غريب ضروره انقطاع حق الأول بالمعامله الثانيه، و ذلك لان ثبوتها يستلزم ثبوت لوازمها، و إلا لم تكن صحيحه، لعدم ترتب الأثر الذى هذا من جملته عليها، فيجب ارتفاع لوازم الأول بالسبب الطارى، كما هو واضح، فيتعين حينئذ الوسط، أما إذا كانت باقيه على الملك و لم يحدث فيها ما يمنع من الرجوع كالرهانه و نحوها، إلا أنها ناقصه، فإن كان البعض الناقص مما يتقسط عليه الثمن لجواز افراده بالبيع كالعبد من العبدين، و نحوه، أولا كيد العبد و رجله، و على كل حال فإما أن يكون بآفه سماويه، أو بجنايه من المشترى أو البائع أو أجنبى فالصور ثمان.

و قد أشار المصنف إلى الأولى منها بقوله و لو وجد بعض المبيع سليما

تخير بين الضـرب بجميع ماله و بين أخذ الموجود بحصـته من الثمن و ضرب بالباقى مع الغرماء بلا خلاف أجده فيه عندنا مطلقا كما فى المسالك، لصـدق عين المال على الموجود، فيثبت التخيير فيه، بخلاف التالف الباقى على مقتضـى أصاله لزوم العقد فيه و تبعض الصـفقه هنا لا أثر له، لعدم ما يقتضـى شمول هذا الفرد منه بالنسبه إلى كل منهما، لكن فى المختلف عن ابن الجنيد أنه قال: إن وجد بعض متاعه أخذه بالقيمه يوم يسترده، و ضرب بما يبقى من الثمن مع الغرماء فيما وجده للمفلس، قال: و قد خالف الشيخ فى موضعين الأول- إطلاق الضرب بالنقص، الثانى احتساب المأخوذ بالقيمه، و التالف بها، و الشيخ نسبهما إلى الثمن، و هو لا يخلو من قوه.

و فى جامع المقاصـد فى شـرح ما فى القواعـد «و لو كان للتالف قسط من الثمن كعبـد من عبدين فللبائع أخذ الباقى بحصـته من الثمن، و الضرب بثمن التالف» قال:

«ان فيه نظرا من وجوه، الأول: ان أخـذ البـاقى بحصـته من الثمن إن كـان على طريق المعـاوضه توقف على رضـا المسـتحقين، و صدور العقد على الوجه المعتبر شرعا و لا يقوله أحد، و إن كان على جهه الفسخ فلا معنى لأخذه بحصته من الثمن، بل يفسخ و يأخذه، الثانى: ان الفسخ فيه وحده يقتضى تبعيض الصفقه و ذلك غير جائز الثالث:

أنه أطلق الضـرب بحصـته من الثمن، و ذلك لا يسـتقيم على أصـله، بل يجب أن يقيده بما إذا كانت القيمه أزيد من الثمن، هربا من المحـذور السـابق، فإن ساوت أو نقصت فيجب عنـده الضـرب بنقصانها كما سـبق» (إلى أن قال): «و الـذى يقتضـيه النظر أنه يفسخ المعاوضه مطلقا، أو يتركه مطلقا حذرا من لزوم تبعيض الصـفقه، أو يقال: ينظر حيث يكون على المفلس ضـرر، يفسخ فى الموجود فيأخذه، و يسـقط حصـته من الثمن، و يبقى البيع فى الأخر بحاله، فيضرب بحصته من الثمن، و ذلك حيث تكون القيمه أزيـد من الثمن، أمـا إذا كانت أنقص أو مساويه فإنه يأخـذ حصـته من القيمه، و لا يمنع ذلك كون العبـدين بمنزله مبيعين، نظرا إلى أن لكل منهما قسطا من الثمن، و ان كان فى الثانى مناقشه، لأن المنع من تبعيض الصفقه لحق كلا منهما، و إطلاق كلام ابن الجنيد يقتضى الفسخ فى الجميع، و أخذ الباقى بقيمته، و يضرب بقيمه التالف،

و قواه المصنف فی المختلف، و قوته بینه».

و هو کما تری ضروره تعین الوجه الثانی فی النظر الأول و قوله «لا معنی» إلی أخره لا معنی له، إذ ذلک لازم للفسخ فیه وحده، و إن کان مراده أنه لا معنی للتعبیر عن ذلک بالأخذ بالحصه، و فیه أنه متعارف فی إراده الفسخ فیما یقابله من الثمن، کما أن النظر الثانی یدفعه ما أومأنا إلیه من اشتراک التبعیض بالنسبه إلیهما، و أنه لا مانع منه بعد قضاء الدلیل به، و اما الثالث فالفرق بین المقام و بین الأرش واضح، ضروره حصول فسخ العقد من أصله، و کان مقتضی الضابطه الرجوع بالأرش علی مقتضی القیمه، لأنه لیس أرش معاوضه، إلا أنه لما منع عنه قاعده عدم اجتماع العوض و المعوض، وجب التقیید فیه بذلک، بخلاف المقام الذی هو فسخ للعقد بالنسبه إلی الموجود، دون التالف، فلیس حینئذ إلا ما یخصه من الثمن بالنسبه، و لا مدخلیه للقیمه هنا أصلا، و من ذلک یعلم ما فی کلامه الأخیر، بل و ما فی کلام ابن الجنید الذی قواه فی المختلف، و استظهر منه فی جامع المقاصد الفسخ فی الجمیع، مع أن ما فیه من أخذ الموجود بالقیمه ینافی ذلک، و علی کل حال فکلام الأصحاب هنا فی محله، و لیس فیه إلا تبعیض مقتضی العقد، و لا بأس به بعد قضاء الدلیل. فتأمل جیدا و الله أعلم.

نعم إنما الإشکال فی قول المصنف و غیره من الأصحاب، بل لعله المشهور و کذا لو وجده معیبا بعیب قد استحق أرشه لکون الجانی أجنبیا و لو البائع ضرب مع الغرماء بأرش النقصان و إن زاد علی الثمن فإنه لیس جمعا بین العوض و المعوض عنه، کما سمعته من جامع المقاصد، و یحتمل أن یرید بالأرش جزء من الثمن نسبته إلیه کنسبه النقصان إلی القیمه إن کان الثمن أنقص عن القیمه، و إلا فنقصان القیمه، کما صرح به فی القواعد، قال: «و إن کان بجنایه أجنبی أخذه البائع، و ضرب بجزء من الثمن علی نسبه نقصان القیمه لا بأرش الجنایه، إذ قد تکون کل الثمن، کما إذا اشتری عبدا بمائه تساوی مائتین فقطعت یده، فیأخذ العبد و الثمن، و هو باطل، هذا إن نقص الثمن عن القیمه، و إلا فنقصان القیمه و علی کل حال فهذا کله لو کانت الجنایه توجب أرشا.

أما لو عاب بشـی ء من قبل الله سبحانه و تعالی أو جنایه من المالک کان مخیرا بین أخذه بالثمن مجانا و بین ترکه و الضرب مع الغرماء بالثمن، فإن المعلوم من قاعده فسخ المعاوضه إیجاب رجوع کل مال إلی صاحبه عینا أو بدلا، و کون العین فی ید المشتری غیر مضمونه للبائع، معارض بماله قسط من الثمن، مع أنا لا نقول أنها مضمونه مطلقا، بل بمعنی أن الفائت فی ید المشتری یکون من ماله، لأن ذلک هو مقتضی عقود المعاوضات المضمونه، فإذا ارتفع رجع کل من العوضین إلی مالکه أو بدله، و أما کون الید لا قسط لها من الثمن، فإن أرادوا أن الثمن لم یبذل فی مقابلتها منه شی ء ففساده ظاهر، إذ لولاها لم یبذل جمیعه قطعا، و إن أرادوا أن الثمن لا یتقسط علیها و علی باقی الاجزاء علی نسبه الکثره و القله، کالعشر فی متساوی الأجزاء فهو لا یدل علی مطلوبهم.

کل ذلک مع منافاه تعلیلهم لما حکموا به من الأرش فی جنایه الأجنبی، و إن کان قد أخذه المشتری، ضروره أنه أخذه و العین ملک له، و لم تکن مضمونه علیه للبائع، و کون الأرش جزءا من المبیع و قد أخذه المشتری- فلا یضیع علی البائع بخلاف التعیب بالآفه السماویه التی لم یکن لها عوض- لا یجدی بعد عدم کون العین مضمونه، و من هنا کان خیره المحقق الثانی الرجوع بالأرش مطلقا، بعد أن حکاه عن ابن الجنید، و أن المصنف فی المختلف قواه، و استحسنه الشهید الثانی، و قد عرفت أن کلام ابن الجنید أجنبی عن ذلک، و أن ظاهره عدم الفسخ مطلقا، و انما یأخذ الموجود بالقیمه، وفاء عن دینه، فإن بقی له من الثمن شی ء ضرب مع الغرماء.

و أما ما سمعته من الأصحاب فقد یقال: إن الموافق للضوابط عدم استحقاق الأرش أصلا، إذ هو کنماء الملک یستحقه المشتری، و الشارع إنما جعل له الفسخ فی الموجود من ماله، ففسخ العقد یوجب رجوع هذا المال إلیه، لأنه الموجود دون غیره، و الفرض أن التالف لیس مما یمکن بناء العقد بالنسبه إلیه، حتی یستحق ما یقابله من الثمن، بل قد عرفت أن صفه الصحه و العیب لیست هی إلا کصفه الکتابه و العلم و نحوهما مما لا تقابل بأجزاء الثمن، و إن زاد بسببها، فان زیادته بها أعم من مقابلته

لها، كما هو واضح، و لذا لم ينفسخ العقد قهرا فيما قابلها من الثمن عند فقدها، فحينئذ إذا فسخ ليس له إلا الموجود الذى حصل فيه سبب الفسخ دون غيره الذى لا قسط له من الثمن، و ليس من قاعده «كون التلف ممن لا خيار له» ضروره تجدد الخيار، و عدم حصوله من أول العقد. اللهم إلا أن تفرض المسأله فيما بعد الحجر لكنه خلاف ظاهر كلامهم، ضروره ظهوره فى أنه حال تعلق الخيار وجد العين ناقصه، و لا يكون ذلك إلا قبل الحجر فتأمل جيدا.

فظهر من ذلك أن الموافق لمقتضى الضوابط، عدم استحقاق الأرش أصلا، إلا انه حيث يكون مستحقا على الأجنبى حكموا بالرجوع به، باعتبار كونه قائما مقام الجزء التالف، و أنه ليس فى الحقيقه تضمين للمالك، و لكن التعليل كما ترى، و لعل المتجه عليه رجوعه به مع وجوده، أما مع فرض تلفه من المالك، أو من قبل الله تعالى، فهو كالجزء بل هو أولى منه فى عدم الرجوع، كما أن المتجه عليه الرجوع بمقداره لا بأزيد، لو فرض تفاوت القيمه، بحيث لو كان الجانى البائع فقد يبقى له و يضرب به، و قد ينقص و يبقى مشغول الذمه به للمفلس، و قد يتساويان فيأخذ منه ما عليه و يضرب بماله.

و الإنصاف أن العمده فى إثبات ذلك من أصله حينئذ الإجماع إن تم، و إلا فلا، و حينئذ فينبغى الاقتصار فيه على المتيقن، و هو أقل الأمرين من تفاوت القيمه، و من النسبه إلى الثمن، كما سمعته من الفاضل فى القواعد ملاحظا فيه أرش المعاوضه من جهه، و أرش الجنايه من أخرى، فرارا من عدم جواز الجمع بين العوض و المعوض، و أطلق فى المسالك ملاحظه الأرش بنسبه الثمن، معللا- له بأن السبب فى ذلك الهرب من الجمع بين العوض و المعوض، فلم يلاحظ فيه الا- أرش المعاوضه، و هو لا يخلو من وجه، لكن فى جامع المقاصد «أن المتجه الرجوع بتفاوت القيمه مطلقا و ان زاد على الثمن» و ليس فيه جمعا بين العوض و المعوض، إذ لم يأخذ ذلك على أنه ثمن، بل على أنه عوض الفائت الذى استحق بالفسخ عينا أو قيمه، فلاحظ فيه نحو أرش الجنايه على كل حال، و المتجه على ما ذكرنا الاقتصار على المتيقن، و هو ما عرفت

فتأمل جيدا.

و لو قبض نصف الثمن مثلا- و تساوى العبدان قيمه و تلف أحدهما، فعن ابن الجنيد أنه يجعل المقبوض فى مقابله التالف، و يتخير بين الضرب بالباقى، و بين أخذ العبد الموجود به، لتناول الخبر له.

و فيه أن مقابله المقبوض للتالف لا مقتضى له، فإن جمله الثمن فى مقابله المبيع، و لا أولويه لكون المقبوض مقابل التالف على كونه فى مقابل الموجود؛ و من هنا كان المحكى عن ابن البراج مراعاه التوزيع بمعنى أن له الرجوع بنصف الموجود، و يضرب حينئذ بربع الثمن مع الغرماء، و له عدم الفسخ و الضرب بما بقى له من الثمن؛ لكن فيه مضافا الى التضرر بالشركه أن هذا الخيار على خلاف الأصل، و المتيقن منه ما إذا لم يقبض من الثمن شيئا فيبقى غيره على قاعده اللزوم، خصوصا بعد

النبوى (۱)«و إن كان قد قبض من ثمنه شيئا فهو أسوه الغرماء»

و الله أعلم هذا كله إذا وجد المبيع ناقصا.

و أما إذا كان زائدا كما لو حصل منه نماء منفصل كالولد و اللبن و نحوهما كان النماء للمشترى، و كان له أى البائع أخذ الأصل بالثمن بلا خلاف بيننا و لا إشكال، بل فى المسالك أنه موضع وفاق، بل لا فرق فى الولد بين الحمل و المنفصل، و لا فى اللبن بين المحلوب و غيره، لكون الجميع نماء ملك المشترى.

و لو كان النماء متصلا كالسمن و الطول مثلا فزادت لذلك قيمته قيل و القائل الشيخ فيما حكى عنه و عن جماعه له أى البائع أخذه، لأن هذا النماء يتبع الأصل لأنه محض صفه، و ليس من فعل المفلس فلا يعد مالا له، و لأنه يصدق عليه أنه وجد عين ماله، بل الظاهر عدم صدق أن معها غيرها، و لأن الفسخ هنا كالفسخ بالخيار الذى لا إشكال فى كون هذه الزياده فيه لمن عادت العين له به، و ما فى جامع المقاصد من الفرق بينهما بثبوت استحقاق الرجوع بأصل العقد فى الخيار، بخلافه هنا، فإنه طار بعد الحجر- غير مجد، بعد اشتراكهما فى أن الفسخ من حينه، و بعد

---

۱- ۱ سنن البيهقى- ج ۶ ص ۴۷.

عدم رجوع غيره من النماء بفسخ الخيار، و إن كان ثابتا بأصل العقد.

و لكن مع ذلك قال المصنف فيه تردد مما ذكرنا، و من أنها زياده عينيه قد وقعت فى ملك المشترى، و ان لم تكن من فعله، فهى فى الحقيقه عين مال البائع مع شى ء آخر، و من هنا كان خيره جماعه منهم الفاضل فى المختلف و ابن الجنيد و المحقق الثانى أن الزياده للمفلس، لكنها لا- تمنع من رجوع البائع، لعدم سلبها صدق اسم وجدان العين، فإذا رجع كان شريكا معه بالنسبه، لكن ظاهر ما عن التذكره أو صريحها عدم جواز الفسخ من أصله، لأنه على خلاف الأصل، فيقتصر فيه على المتيقن الذى هذا ليس منه، و فيه مالا- يخفى، بل لعل القول الثانى. الذى هو مراد المصنف من تردده على الظاهر لا يخلو من ضعف أيضا على ما عرفت و الله أعلم.

و كذا الكلام لو باعه نخلا و ثمرتها قبل بلوغها و بلغت بعد التفليس فزادت قيمتها لزياده فى نفس الثمره، أما إذا كانت الزياده فى القيمه خاصه، مع بقاء الثمره على قدرها، ففى المسالك فى إلحاقها بالمسأله وجهان، من كون الزياده القيميه حصلت فى ملك المفلس فلا- يؤخذ منه مجانا، و من بقاء عين مال البائع من غير تغيير، فيدخل فى عموم الخبر، ثم قال: و استقرب فى التذكره عدم جواز الرجوع فى العين مطلقا متى زادت قيمتها لزياده السوق، و ألحق به ما لو اشتراها المفلس بدون ثمن المثل».

قلت: لا إشكال فى ضعف ما فى التذكره، ضروره اندفاعه بإطلاق النص، إنما الكلام فى أن زياده السوق لأوصاف حصلت فى ملك المفلس، كزيادته بالسمن و الطول و نحوهما، أولا- الظاهر الثانى، و إن قلنا به فى الأول، لعدم كونها نماء فى كل مقام تنفسخ فيه المعاوضه، و عدم صحه سلب عدم وجدان عين المال بها، بل و لا صدق وجدان غيرها معها كما هو واضح. و الله أعلم.

أما لو اشترى حبا مثلا- فزرعه و أحصد، أو بيضه فأحضنها و صار منها فرخ لم يكن له أى البائع أخذه لأنه ليس عين ماله كى يصح له الفسخ فيه،

ضروره استحالته فی ملک المشتری، و لیس المدار فی الرجوع بالمغصوب علی کونه عین المال حال الغصب، و من هنا صح الرجوع فیه و إن استحال فی ید الغاصب إلی حقیقه أخری، إذ هو مال المالک علی أی حال یکون، و منه زرع المرتهن للحب المرهون، بل قد یقال: لیس للبائع الفسخ فی العصیر إذا تخمر فی ید المشتری ثم تخلل، لکنه لا- یخلو من اشکال. نعم فی المسالک «لو قلنا بالمنع من الرد فی الزیاده المتصله، فهنا أولی» و قد عرفت أن المختار عندنا عدم المنع من الرد فتأمل.

و لو باعه نخلا حائلا فأطلع و فسخ البائع أو أخذ النخل قبل تأبیره لم یتبعها الطلع فضلا عن غیره من الأشجار، لأنه من النماء الذی قد سمعت الحکم فیه، و دخوله فی البیع للدلیل لا- یقتضی دخوله هنا، بعد حرمه القیاس عندنا، فما عن الشیخ رحمه الله من الدخول کما عن أحد قولی الشافعی ضعیف، أما إذا أبر فلا یتبعه قولا واحدا، و الظاهر عدم استحقاق المالک الأجره حینئذ لو أراد المشتری الإبقاء إلی الجذاذ، کما صرح به الفاضل فی القواعد، و المحقق الثانی و الشهید الثانی، و کذا الحمل و الزرع فی الأرض، و نحو ذلک، بل فی المسالک أنه یستحق بقاؤه إلی حصاده بلا أجره قولا واحدا، و لعله لأن الثابت له الفسخ فی العین، و ردها إلی ملکه و قد حصل، و لیس له رد المنفعه التی قد استحقها المفلس، بل هو بمنزله من استوفاها، کما انه لیس له إدخال الضرر علیه بإتلاف ماله لو أراد قلعه، و هذا بخلاف ما لو آجر أرضا فزرع المستأجر و أفلس، ففسخ المؤجر، فإنه یستحق أجره المثل حینئذ علی الإبقاء إلی وقت الحصاد، لان مورد المعاوضه هنا المنفعه و قد فسخ، و لم تعد إلیه باعتبار استحقاق الإبقاء علیه، فله عوضها حینئذ، خصوصا و المفلس لم یکن یستحقها مجانا قبل الفسخ، فکیف یستحقها کذلک بعده.

و بالجمله الفرق بین المسألتین واضح، و لکن لا یقتضی عدم استحقاق الأجره فی المسأله الأولی، إذ قد یقال بذلک مراعاه للجمع بین الحقین، إذ المشتری کان له الإبقاء من حیث أنه مالک لا مطلقا، بل قد یفرق بین المقام، و بین بیع الأرض المزروعه،

باعتبار ظهور العقـد الحاصل برضاهما فى البقاء، بخلاف الفسخ الحاصل قهرا على المشترى، و من هنا كانت المسأله لا تخلو من إشـكال، اللهم إلاـ أن يقـال: إنه لاـ إشـكال فى اسـتحقاق البقـاء على البـائع، لأنه ليس بظالم، و لتوقف تمام ماليته على ذلك، و الأـجره إن كـان يسـتحقها المالك عليه من جهه شـغل ملكه فهى من الشـرع، لا أن اسـتحقاق البقاء مشـروط ببـذلها، فهى حينئذ تكليف مستقل مع الشك ينفى بالأصل، فتأمل جيدا، فإنه دقيق. و الله أعلم.

و كـذا لو باع أمه حائلا فحملت، ثم فلس و أخـذها البائع لم يتبعها الحمل لو فسـخ البائع، إذ هو كغيره من الحمل و النماء و لعل عود (ذكره) بالخصوص تنبيها على أن مقتضى قول الشيخ- فى تبعيه الحمل للأم فى البيع لكونه كالجزء منها- القول بالتبعيه هنا، بناء على عدم منع النماء المتصل نحو السمن و الطول، كما سمعته من الشيخ سابقا، لكن قد عرفت ضعفه فى محله؛ و الله أعلم.

و لو باع شـقصا و فلس المشترى كان للشـريك المطالبه بالشـفعه، و يكون البائع أسوه مع الغرماء فى الثمن بلا خلاف أجـده بين أصـحابنا فى الحكمين، الواضح وجه ثانيهما، و أما وجه أولهما فقوه حق الشـفعه، بدليل ثبوتها مع انتقال العين عن المشترى حتى لو جعلهـا مسـجدا، بـل لو تقايـل المتبايعان كان للشـفيع ابطال التقايل، و الأخـذ بالشـفعه، بل لو فسـخ البائع بعيب فى الثمن كان للشفيع فسخ الفسخ، و الأخذ بالشفعه فى أحد الوجوه، أو أصحها، و كذا المشترى إلى غير ذلك مما يستفاد منه قوه حق الشفعه، بخلاف خيار البائع الـذى لم يثبته الشارع إلا مع وجود العين، و لان تعلقها هنا فى العين أسـبق، ضـروره حصولها بالعقد، بخلاف الخيار المتوقف على فلس المشترى، فهى حينئذ أرجح منها بالسـبق، و لأنها لاحقه للبيع بذاته و الخيار لاحق له بواسطه الحجر، و ما بالذات أولى مما بالعرض.

و إن كان الأخير كما ترى، لا محصل له بحيث يصـلح مدركا لحكم شرعى، بل و سابقه، إذ السبق باعتبار سبق السبب لا يقتضى ترجيحا على المتأخر الذى تأخر

سببه، كما هو واضح، فانحصر الوجه فى الأول الذى لولاه لكان المتجه ثبوت حقهما معا، فأيهما سبق كان الحق له، و مع الاقتران يبطلان و يبقى للمفلس، أو يستخرج أحدهما بالقرعه، مع القطع بتأثير أحدهما فى الواقع، و الاحتمال فى الظاهر بناء على اعتبار ذلك فى القرعه، إذ لا ظهور فى دليل كل منهما فى نفى ثبوت حق لغيره، بل مقتضى عموم دليلهما الثبوت لهما، فهو كما لو قال الشارع بالخصوص لهذا الشريك الشفعه، و لهذا البائع الخيار.

بل قد يظهر لك مما ذكرنا وجه فى أصل المسأله إن لم يقم إجماع على خلافه، و هو القول بأن الحق للسابق منهما، و مع الاقتران ترجح الشفعه بما ذكر مرجحا لها من القوه و غيرها، بل لعل هذا أولى مما ذكره فى القواعد و غيرها من احتمال تقديم حق البائع، لأن الشفعه شرعت لدفع الضرر بالشركه التى لا يختارها الشريك، و الضرر هنا يزول عن الشفيع، لأن البائع إذا رجع فى الشقص عاد الأمر كما كان قبل البيع، و لم يتجدد شركه غيره، و احتمال تقديم حق الشفيع بالعين، و البائع بالثمن على سائر الغرماء، حيث تعذر أخذه العين، و حيث إنه عوض ماله الذى قد وجده فى حال الحجر بعينه، و قد كان حقه التقديم به لولا عروض مانع سابق، فيرجع إلى بدله جمعا بين الحقين، إذ الأخير واضح الفساد، لعدم حق بعد للبائع، بعد تقديم الشفيع فى العين لكون الثمن حينئذ من أموال المشترى، فهو و غيره من الغرماء سواء فيه، بل و الأول لكون الضرر حكمه فى الشفعه، لا عله تدور مدارها، فلا ريب فى أن ما ذكرناه أولى منهما و الله أعلم.

و لو فلس المستأجر قبل تمام استيفاء المنفعه كان للمؤجر فسخ الإجاره إن شاء من غير خلاف أجد فيه، إلحاقا للمنافع بالأعيان، و تنقيحا للمناط، بل ربما تكلف إدراج المنفعه فى بعض نصوص الخيار و حينئذ ف لا يجب عليه إمضاؤها و لو بذل الغرماء الأجره من مال المفلس أو من مالهم، و لو بالإباحه للمفلس على حسب ما عرفته فى بذل ثمن المبيع، و لو كان قد استوفى المستأجر بعض المنفعه قبل الفلس،

فسخ المؤجر فيما بقى و ضرب بما يقتضيه التقسيط بالنسبه إلى الماضى مع الغرماء، إذ هو كتلف بعض المبيع الذى يسقط عليه الثمن، إذ المنفعه قليلها و كثيرها يمكن إفرادها بالإجاره، بل و كذا لو استوفى بعد الفلس، و لو كانت العين المستأجره أرضا قد زرعها المفلس، أو غرس فيها، أو بنى كان له الفسخ أيضا، و استحق أجره المثل على الإبقاء، لما عرفت سابقا من الفرق بين الإجاره و البيع فى ذلك.

بل صرح فى المسالك هنا «أن لها الأجره مقدمه على الغرماء، لما فيها من مصلحتهم بحفظ الزرع، كأجره الكيال و الوزان» و إن كان لا يخلو من تأمل، بناء على استحقاق البقاء عليه، و إن وجبت الأجره شرعا جمعا بين الحقين، و لو كانت الإجاره على عين كليه فى ذمه المؤجر، و لم يكن قد أقبضها المستأجر، فالظاهر أن له الفسخ أيضا، بل لعله أولى من الفسخ فى العين المشخصه التى سلمها المؤجر، و فى المسالك «إن اختار المؤجر الإمضاء أمره الحاكم بتعيينها ليؤجرها» و هو كذلك، بل قد يقال: إن له الفسخ لو كانت الإجاره على عمل فى ذمته، و قد فلس المستأجر قبل أن يعمل العمل كله، أو بعضه، فإنه أولى من العين.

و منه ينقدح الخيار للبائع لو كان قد باعه شيئا فى ذمته و قد فلس المشترى قبل أن يقبضه، لكون المناط فى الجميع واحدا، و لو فسخ مؤجر العين و قد وجد عينه مشغوله بحمل مال للمفلس، وجب الإبقاء بالأجره إلى المأمن، مقدما بها على الغرماء، و كذا لو كان المفلس راكبا لها، دفعا للضرر على نفسه الذى هو أولى من حفظ ماله، كما صرح بذلك كله فى المسالك، و إن كان لا يخلو التقدم فى الأخير من بحث، إلا أن يدخل تحت النفقه.

و الظاهر أن له الفسخ و إن كان المأمن فى صوب المقصد، لوجود السبب، و عدم الفائده فى بعض الافراد غير قادح بعد وجود السبب، مع أنه يمكن تصوير الفائده فى كثير من الأفراد، بل له الفسخ و إن كان المأمن منتهى المسافه المستأجره عليها، و كذا له الفسخ و إن كان النقل إلى المأمن يحصل بإجاره مساويه للنقل إلى

المقصد، أو أكثر، لكن فى التذكره أن الأولى وجوب النقل إلى المقصد، و عدم تخيره فى الفسخ، بل يجب عليه إمضاء العقد، ثم قال: و هل يقدم بالقسط للنقل من موضع الحجر إلى المقصد من المسمى اشكال، و هو كما ترى حتى فى إشكاله، فإن المتجه بناء على عدم الفسخ عدم التقدم، كما هو واضح.

نعم ما فيها من أنه لو كان المأمن فى صوب المقصد، و صوب مبدء المسافه أو تعددت مواضع الأمن و تساوت قربا و بعدا ففى التذكره فإن كان اجره الجميع واحده نظر إلى المصلحه، فإن تساوت كان له سلوك أيها شاء، لكن الأولى سلوك ما يلى المقصد، لأنه مستحق عليه فى أصل العقد، و ان اختلفت الأجره سلك أقلها أجره، و إن تفاوتت المصلحه، فإن اتفقت مصلحه المفلس و الغرماء فى شى ء واحد تعين المصير اليه، و إن اختلفت، فالأولى تقديم مصلحه المفلس، و لا بأس به، و لو أفلس المؤجر بعد تعين الدابه فلا فسخ، بل يقدم المستأجر بالمنفعه، كما يقدم المرتهن، لأصاله اللزوم، و سبق الاستحقاق.

نعم للغرماء البيع مستحقه المنفعه، و لهم الصبر إلى انقضاء الإجاره إذا لم يوجد راغب، لكن هل يبقى الحجر مستمرا عليه إلى انقضائها احتمال. و لعل الأقوى عدمه، و لو كانت الإجاره على الذمه، فله الرجوع إلى الأجره إن كانت باقيه، للوجدان، و له الضرب بقيمه المنفعه، كما أنه يتعين له ذلک لو وجدها تالفه، و ليس له الفسخ و الضرب بالأجره، لأنه ليس كالسلم كما هو واضح و الله أعلم.

و لو اشترى أرضا فغرس المشترى فيها أو بنى، ثم أفلس كان صاحب الأرض أحق بها قطعا، بل لا خلاف أجده فيه، لصدق وجود العين و ليس له إزاله الغروس و لا الأبنيه مع عدم بذل الأرش قطعا. و هل له ذلک مع بذل الأرش، قيل: و القائل الشيخ فى المحكى عن مبسوطه نعم لظهور ما دل على أن له الرجوع فى العين فى استحقاق منافعها، و حيث وضع بحق جمع بين الحقين ببذل الأرش و الوجه المنع لأنها قد وضعت بحق خالص للمالک، فليس لأحد إزالتها

لاحترامها، و الأرش مع عدم الرضا به لا يسقط احترامها، بخلاف الأرض التى كانت ملكا للمفلس، و قد انتفع بها بذلك، و لم يكن لأحد فيها حق أصلا. و إنما تجدد له الرجوع بالعين خاصه، بل المتجه عدم استحقاق الأجره على البقاء، كما صرح به فى جامع المقاصد، للأصل الذى قد سمعته فى الزرع.

بل فى المسالك «أنه يلزم على قول الشيخ أن له الإبقاء بالأجره لا مجانا، لأن ذلك هو مقتضى تعليله، و لكن لم يذكر احد استحقاقه الأجره لو أبقاها، نعم هو وجه لبعض الشافعيه» و ربما يستفاد منه عدم الخلاف فى عدم استحقاق الأجره مع اختيار البقاء، بل لعل الشيخ أيضا لا يقول بها. و إن جوز له القلع بالأرش ضروره عدم تلازمهما.

و حينئذ فطريق معرفه الأرش على قول الشيخ تقويم الغرس و البناء قائمين بلا أجره و مقلوعين، فالتفاوت بينهما هو الأرش. و لكن التحقيق مساواه الغرس للزرع فى استحقاق البقاء بلا أجره، و عدم جواز القلع بالأرش إلا مع التراضى، و احتمال الفرق بينهما بأن له أمدا ينتظر، بخلاف الغرس و البناء، فيحصل الضرر عليه اعتبار لا يصلح معارضا لما يقتضيه الضوابط، خصوصا بعد أن كان الفسخ اختياريا له، لا قهريا عليه. فتأمل جيدا.

نعم لو أفلس بثمن الغرس أيضا ففسخ صاحبه، لعدم عوده زياده على ما كان، أو قلنا أن مثله يتبع العين كالسمن- لم يكن له استحقاق بقاء على صاحب الأرض بل له قلعه من دون أرش لأنه دفعه إلى المشترى مقلوعا، بل لو قلعه صاحبه كان عليه طم الحفر، لأنه احداث فى ملك الغير لتخليص ماله، و مصلحه بسبب فعل غير مضمون، إذا لم يكن الغرس فى الأرض عدوانا، و من هنا كان الظاهر أنه ليس لأحدهما مطالبه الآخر بتخليص ماله من مال الأخر، لان الغرس لم يقع من واحد منهما بغير حق، و إنما فعله المفلس حين كان مالكا للعين و الانتفاع.

نعم لكل واحد منهما تولى ذلك، و الأولى استيذان الحاكم. و الظاهر أن

صاحب الأرض له قله، و ان كان هو حين القلع لم يكن صالحا بعد للغرس، لأن منفعه الأرض لبائعها بعد الفسخ، و لم يكن الغرس للمفلس، حتى يستحق إبقاؤه.

لأن الفرض أن صاحبه قد فسخ أيضا، و قد يحتمل فى المقام من جهه خبر

«الضرر و الضرار(۱)

» أن لصاحب الغرس أرش النقص على المفلس، أو يقال: إن له الإبقاء بالأجره أو يقال إن لصاحب الأرض القلع بالأرش. و الله أعلم.

و كيف كان فمفروض مسأله المتن أن الغرس للمفلس، و قد عرفت أن الحكم فيها الفسخ، فتكون الأرض للبائع، و الغرس للمفلس، ثم يباعان و يكون له أى البائع ما قابل الأرض بأن يقوما معا ثم تقوم الأرض مشغوله به مجانا ما بقى على ما عرفت، و ينسب قيمتها كذلك إلى قيمه المجموع، و يؤخذ لها من الثمن بنسبه ذلك، و الباقى للمفلس. هذا إن رضى صاحبها بالبيع، فإن امتنع بقيت له الأرض، و بيعت الغروس و الأبنيه منفرده باقيه فى الأرض من غير أجره، و لا يجبر على بيع الأرض، و إن استلزم نقصانا عليه فى بيعهما منفردين، لأن الذى له ذلك، فإذا بيعت كذلك كان للمشترى الدخول، و السقى و غيرهما من الاحكام، نحو ما تقدم فيمن باع بستانا و استثنى منها شجرات أو نخلات. كما هو واضح و الله أعلم.

و لو اشترى زيتا فخلطه بمثله لم يبطل حق البائع من العين لوجودها و إن كانت غير متميزه، إذ هو لا يستلزم عدمها، بعد أن لم تكن واسطه بين الموجود و المعدوم، فيقسم حينئذ بينه و بين المفلس، لان الفرض التساوى فى الزيت، و كذا لو خلطه بدونه فى عدم بطلان حقه من العين، بل و فى القسمه عند المصنف و غيره لانه بفسخه رضى بما دون حقه و فيه أنه أعم من ذلك، و لعل الأوجه أن له التوصل إلى حقه بالبيع، و يكون له من الثمن بنسبه ما يخصه من القيمه، كما جزم به فى محكى التحرير، لأنهما كالمالين لشخصين لو بيعا صفقه، و إن كانا مستقلين.

و احتمال الشركه فى العين على هذه النسبه، يدفعه- مضافا إلى لزوم الربا،

---

۱- ۱ الوسائل الباب- ۱۷- من أبواب الخيار الحديث ۳- ۴- ۵.

بناء على عمومه لكل معاوضه و لو القهريه- أنه لا معامله بينهما على ذلک، و الامتزاج لا يستلزمه قهرا، و إنما يستلزم الشركه قهرا فى المالين على نسبه قدرهما، على معنى استحقاق كل منهما النصف مع فرض التساوى، و بحيث لو تلف منه يكون بالنسبه، أما لو بيعا لو حظ فى ثمنهما ملاحظه المالين المستقلين، ضروره تفاوت الثمن بالنسبه إليهما، و لا تلازم بينه و بين الاشتراک بالعين، و للبائع الامتناع من العين هنا إذا رضى بدون حقه، لأنه يكون حينئذ شريكا.

لكن فى جامع المقاصد «فان قيل: إنه هل يجاب البائع لو طلب القسمه بعد الرجوع و المخلوط به المثل و الأردى؟ قلت: يحتمل أن لا يجاب، لأن الخلط لم يكن على طريق الشركه، و إنما وقع ذلک من المفلس حين كان مالكا لكل منهما، فلو أجبناه إلى القسمه لزم تملكه بعض مال المفلس، لامتناع فصل ملكه، و هو باطل، و لأن القائلين باستحقاق القيمه بالبيع بعد الرجوع لم يفصلوا، و ظاهرهم إطلاق الحكم فى الحالات كلها» و فى التحرير أثبت له المطالبه بالبيع فى الخلط بالمثل و الأردى.

قلت: ظاهر الأصحاب فى غير المقام وقوع الشركه قهرا فى الممتزج بالمساوى، و كذا الأردى إذا رضى صاحب الجيد، و لعله لأن الامتزاج موجب لذلک حتى فى صوره الاختيار الذى يكون الفائده فيه حينئذ الرضا بإيجاد السبب المقتضى للشركه فى نفسه، و حينئذ فطلب القسمه فى محله، أما لو كان بالأردى فمع رضاه يعمل السبب حينئذ عمله من الاشتراک قهرا، فلو بيعا حينئذ لم يكن له الأعلى حسب الشركه، و لا يستحق من الثمن بمقدار قيمه ماله، لأن الفرض حصول الشركه.

نعم له أن لا يرضى و يطالب بالبيع، فيخصه من الثمن على نسبه القيمه، لكن الإنصاف أن ذلک كله محتاج إلى الدليل، و إلا فالذى تقتضيه الضابطه بقاء كل مال على ملک صاحبه حينئذ حتى فى المتساوى، لتوقف ملک كل منهما شيئا من مال الأخر على الترضى، و الفرض عدم حصوله منهما، أو من أحدهما، و ربما كان هو ظاهر المحكى عن ابن الجنيد الذى اختاره فى المختلف فلاحظ و تأمل.

و إن كان قد خلطه بما هو أجود قيل و القائل الشيخ و الفاضل فى بعض كتبه يبطل حقه من العين، و يضرب بالقيمه التى يطلب بها المفلس، مع الغرماء لكونها حينئذ كالتالفه بالاختلاط، و عدم التمكن من القسمه، للإضرار بالمفلس، و فيه أنه يمكن التوصل إلى حقه بالبيع، و يكون من الثمن على نسبه القيمه، و لو أثر مثل هذا الاختلاط فى ذهاب العين، لزم مثله فى القسمين الأولين، و من هنا كان مختار الفاضل و ثانى الشهيدين ذلك، فعليه لو كانت قيمه زيته درهما، و الممزوج به درهمين، أخذ ثلث الثمن، و هكذا، و ليس له الامتناع من البيع هنا، و إن احتمله بعضهم، لانحصار التوصل الى حقه فيه، نعم للغرماء و المفلس الامتناع من البيع إذا رضوا بالقسمه معه على قدر المالين، بناء على ما ذكرنا سابقا لانحصار الحق فيهم، فمع رضاهم بدون حقهم لم يكن لأحد منعهم، هذا.

و عن الشيخ أنه حكى هنا قولا آخر، و هو الشركه فى العين على نسبه القيمه فإذا خلط جره تساوى دينارا بجره تساوى دينارين فللبائع قيمه ثلث الجميع، فيعطى ثلث الزيت، و غلطه باستلزامه الربا، و فى المسالك «أنه يتم على القول بثبوته فى كل معاوضه، و لو خصصناه بالبيع لم يكن القول بعيدا» قلت: هو بعيد أيضا ضروره عدم المعامله بينهما، و الامتزاج لا يستلزم ذلك، فلا ريب فى أن المتجه ما عرفت.

نعم قد يحتمل الرجوع إلى الصلح القهرى، بل و فى المسالك فى باب الغبن فى نحو المقام، أنه لا يخلو من قوه بل فيها و فى الروضه هناك ما فيه نوع منافاه فى الجمله، فلاحظ و تأمل و الله أعلم.

و لو نسج المشترى الغزل أو قصر الثوب أو خبز الدقيق أو عمل نحو ذلك مما يفيد المبيع صفه محضه لم يبطل حق البائع من العين قطعا لعدم خروجها بذلك عن الوجود، بل ان لم تزد قيمه المبيع بهذه الصفات لم يكن للمفلس شى ء سواء غرم عليه شيئا أولا، و احترام عمله- بعد أن كان فى ماله- لا يقتضى استحقاق شى ء على البائع، كما انه إن نقصت قيمته لم يكن شى ء للبائع، بناء على ما عرفت

سابقا من عدم استحقاق البائع الأرش بجنايه البائع المقتضى للعدم فى المقام بطريق أولى.

إنما الكلام فيما لو زاد بعمله و مقتضى قول المصنف كان للغرماء ما زاد بالعمل القطع بذلك، و هو أحد القولين فى المسأله، فلو كان الثوب غير مقصور يساوى مائه و مقصورا يساوى مائه و عشرين كان للمفلس سدس الثمن، و وجهه أن هذه الزياده بسبب فعل للمفلس، و فيه أن المتجه بناء على ما ذكرنا من عدم استحقاق المشترى السمن و نحوه، العدم هنا، كما فى القواعد، بل هو أولى ضروره عدم كون الحاصل هنا إلا صفه محضه لا يعقل ملكها مستقلا، فهى من توابع المملوك.

و دعوى- أن الفرق بينها و بين السمن حتى أنه يمكن القول بالعدم هناك، بخلافه هنا، بأن السمن و نحوه من الله، و إن كان سببه من فعل المكلف، كالعلف و السقى مع أنه قد يتخلف عنهما، بخلاف المقام الذى هو من فعله أو فى حكمه، كما لو استأجر على العمل مثلا، و لذا لم يجز الاستيجار على الأول دونه- يدفعها أنها بعد التسليم، لا تجدى، إذ الفعل بعد أن كان فى ملكه لم يكن له ضمان على أحد، و إنما استحق البائع العين التى يلزمها تبعيه مثل هذه الأوصاف، كما هو واضح، و لا فرق بين كون الصفه من فعله، أو فعل غيره، بعد أن كانت نماء ملكه، و زياده قيمه العين سببها له، فليس السبب إلا ما ذكرنا، و بذلك قد استرحنا عن تحقيق حال الزياده أنها وقت الفسخ، كما هو ظاهر المسالك، أو و لو تجددت، كما هو مقتضى التعليل السابق.

و على كل حال فقد ظهر لك عدم لحوق هذه الصفات بالأعيان المتولده من العين المحكوم بكونها للمفلس، لأنها نماء ملكه، و لو ألحقنا الصفه بالعين، كان للأجير على الطحن و القصاره، حبس الدقيق و الثوب لاستيفاء الأجره، كما أن للبائع حبس المبيع لاستيفاء الثمن، بل لو تلف الثوب أو الدقيق بيده لم يستحق الأجره قبل التسليم فإنه حينئذ كالمبيع التالف قبل قبضه، أما على عدم الإلحاق استحق، لانه صار مسلما بالفراغ، و لو أفلس قبل إيفاء الأجير أجره القصاره مثلا، ففى القواعد إن لم يزد بها

فلا- شـی ء للأـجیر فی ثمن العین و إن زاد و ألحقنا هـذه الصـفه بالأعیان، فإن لکل من البائع و الأجیر الرجوع إلی عین ماله، فلو ساوی قبل القصاره عشـره، و القصـر خمسه، و الأجره درهما قدم الأجر بدرهم و البائع بعشـره و أربعه للغرماء و المراد أن للأجیر حبس العین حتی یسـتوفی أجره، و لیس له عین مـال قطعـا، بـل له الحبس، و إن لم یزد الثوب بقصـارته کما سـمعته سابقا، و الله أعلم. فتأمل جیدا.

و لو کان قد صبغ الثوب فإن لم تزد قیمته بالصبغ لم یکن للمفلس شی ء بلا خلاف أجده، بل فی المسالک قولا واحدا، فیختص البـائع حینئـذ بـالعین، لکونها قائمه بخلاف عین مال المفلس، فإنها ذاهبه، و الفرض أن الصـفه لا أثر لها، و لو زادت قیمته بقـدر قیمه الصـبغ کـان شـریکا للبـائع فی الثمن، ب قـدر قیمه الصـبغ فلو فرض ان قیمه الثوب غیر مصـبوغ أربعه، و الصـبغ درهمان، و المصـبوغ سـته، فللمفلس ثلث الثمن، و لو زادت قیمته بأقـل من قیمته، کمـا لو فرض قیمته مصـبوغا فی المثـال خمسه، فالنقصان علی الصـبغ، لاـن الصـبغ تتفرق أجزاؤه فی الثوب و یهلـک، و الثوب قـائم بحـاله، فکانت نسـبه النقصان إلیه أولی، و به جزم فی القواعد لکن لا یخلو من نظر، و شـرطه فی المسالک بأن لا یعلم استناد النقصان أو بعضه فی الثوب و إلا لحقه بسببه، بل قد یظن من إطلاق المصنف الشرکه بمقدار الصبغ، وقوع النقصان علیهما بالنسبه، فتأمل.

و لو زادت قیمه الثوب مصـبوغا علی قیمه الصـبغ، کما لو فرض کون الثوب فی المثال یساوی ثمانیه، فالمتجه بناء علی ما ذکرناه اختصـاص البائع بالزیاده، لأنها صـفه محضه، و قـد عرفت تبعیتها للعین، و یجی ء علی ما سـلف سابقا احتمال اختصاص المفلس بهـا، لأنهـا کالأعیـان، فیکون الثمن حینئـذ فی الفرض بینهما نصـفین، و قـد یحتمل هنا بسـطها علی قیمه الثوب و الصـبغ، فیکون الثمن أثلاثا، بل لا محیص عنه إذا فرض کون الزیاده للثوب و الصـبغ، هـذا کله حکم ما إذا لم تنقص قیمه الثوب به أی الصـبغ، فإن نقص لم یکن للمفلس شی ء، بل هو أولی مما إذا لم یزد به الذی عرفته

فیما تقدم. و الله أعلم.

و کذا البحث فیما لو عمل المفلس فیه عملا بنفسه ضروره عدم الفرق بینه و بین الاستیجار علیه، بل و کذا لو تبرع متبرع به باذن المالک، فإن الجمیع عند المصنف متی زاد المتاع به کان المفلس شریکا للبائع معه فی الثمن بقدر العمل علی حسب ما عرفت، و قد تقدم أن التحقیق عندنا عدم استحقاقه شیئا إذا لم یکن العمل صبغا و نحوه مما هو أجزاء مالیه أو کالأجزاء بل ینبغی الجزم فیما لو کان العمل عمل غاصب و نحوه، مما لم یعمله المفلس بنفسه، و لا أذن فیه، و لا غرم علیه أجره کما هو واضح. و الله أعلم.

و لو أسلم فی متاع و قد حل الأجل ثم أفلس المسلم الیه قیل و القائل الشیخ فی المحکی عن مبسوطه، و تبعه الفاضل فی التذکره إن وجد رأس ماله أخذه إنشاء و إلا بأن وجده تالفا قبل الحجر أو موجودا و لم یجز الفسخ ضرب مع الغرماء بالقیمه بل لا خلاف أجده فی الحکم الأول لاندراجه فی النصوص (۱)أو استفادته من فحواها، و إنما الکلام فی الحکم فی الثانی، فإن ظاهره تعین ذلک علیه، و أنه لیس له الفسخ حینئذ، بل صرح به، قال: و إن لم یجد عین ماله فإنه یضرب مع الغرماء بقدر ماله علیه من الحنطه، و قیل أیضا أنه إن أراد فسخ العقد و الضرب مع الغرماء برأس المال کان له ذلک، و الأول أصح. و کیفیه الضرب بالطعام أن یقوم الطعام الذی یستحقه بعقد السلم، فإذا ذکرت قیمته ضرب مع الغرماء بما یخصه منها فیه، فإن کان فی مال المفلس طعام أعطی منه بقدر ما خصه من الثمن، و إن لم یکن فی ماله طعام اشتری له بالقدر الذی خصه من القیمه طعاما مثل الطعام الذی یستحقه، و یسلم إلیه، و لا یجوز أن یأخذ بدل الطعام بالقیمه التی تخصه، لانه لا یجوز صرف المسلم فیه إلی غیره قبل قبضه.

و قیل (۱۱) و القائل الفاضل فی بعض کتبه و غیره، بل فی المسالک نسبته إلی

---

۱- ۱ الوسائل الباب- ۵- من أبواب الحجر.

الأكثر له الخيار مع التلف أيضا بين الفسخ و الضرب بالثمن أو بين اللزوم و الضرب بحقه، لكن إذا أريد معرفه ما يخصه من مال المفلس اعتبر قيمه المتاع حينئذ لذلك، و ربما أطلق على ذلك الضرب بها مجازا و كيف كان ف هو أقوى عند المصنف، و الفاضل فى بعض كتبه، بل لم يستبعده فى التذكره أيضا و ثانى

الشهيدين، لكنه قيده فى المسالك و المحكى عن غيرهما بما إذا لم يكن مال المفلس من جنس المسلم فيه أو يشتمل عليه، بحيث لا يمكن وفاؤه منه.

قال: «و لو فرض ذلك لم يكن له الفسخ، إذ لا انقطاع للمسلم فيه و لا تعذر، و من الممكن أن يصل إلى جميع حقه، بأن يفرض عدم قصور المال حين القسمه، و إن كان قاصرا كما مر فلا بد من ملاحظه هذا القيد، و على تقدير وصول البعض فلا وجه للفسخ فيه أيضا».

و هو من غرائب الكلام، ضروره أن محل البحث عدم وفاء تمام المسلم فيه للإعسار لا للانقطاع، و حينئذ فلا فرق بين كون مال المفلس من جنس المسلم فيه، و عدمه، كما أنه لا معنى لفرض وفاء جميع حقه، لمعلوميه خروجه عن محل النزاع، و كذا لا معنى لقوله لا وجه للفسخ فى بعض، إذ لعل وجهه تبعض الصفقه، بل هو لازم لكل من قال بالخيار هنا ضروره أنه لا بد من وصول بعض حقه اليه مما يخصه من مال المفلس، كما هو واضح.

فالتحقيق فى المقام ما سمعته عن الشيخ، لأصاله لزوم العقد، و اختصاص ما دل على الخيار فيما إذا تعذر المسلم فيه للانقطاع، دون غيره، فيضرب حينئذ بماله من المسلم فيه، و يؤخذ له بما يخصه من مال المفلس بعض حقه، وجوبا أو ندبا على ما تقدم فى السلف من جواز أخذ غير الحق وفاء عنه قبل قبضه، و عدمه، و يبقى له الباقى فى ذمه المفلس، بل لو كان المسلم فيه ثوبا أو عبدا أو نحوهما مما هو غير متساوى الأجزاء لم يكن له الفسخ، بل يعزل ما يخصه من الحصه، و ينتظر إتمامها من المفلس

بعد ذلک.

خلافا للتذکره قال: فیشتری بحصه المسلم شقص، فإن لم یوجد فللمسلم الفسخ» و فیه بحث، کما أن ما فیها أیضا من أنه لو قوم المسلم فیه فکانت قیمته مثلا عشرین، فأفرزنا له من المال عشره لکون الدیون ضعف المال، ثم رخص السعر قبل الشراء بحیث کانت العشره تفی بثمن جمیع المسلم فیه، فالأقرب أنه یشتری به جمیع حقه، و یسلم إلیه لأن الاعتبار إنما هو یوم القسمه، و الموقوف و إن لم یملکه المسلم، لکنه صار کالمرهون بحقه، و انقطع حقه عن غیره من الحصص، حتی لو تلف قبل التسلیم الیه لم یتعلق له حق بما عند الغرماء، و کان حقه فی ذمه المفلس کذلک أیضا، إذ المتجه بناء علی عدم ملک المسلم الموقوف، لأن حقه فی الحنطه لحوق الغرماء له بذلک، لبقاء المال علی ملک المفلس، و الأصل عدم حکم الرهانه فتصرف له فی المثال حینئذ خمسه و توزع الخمسه الباقیه علیه و علی الغرماء، کما أنه یلحق الغرماء لو زاد السعر قبل الشراء له بما وقف له من الدراهم.

و هو واضح.

و لو أولد الجاریه ثم فلس جاز لصاحبها انتزاعها و بیعها فیه و فی غیره لصدق وجدان عین المال فسلط علی الفسخ و الاستیلاد غیر مانع بعد أن لو طالب بثمنها و لم یفسخ جاز بیعها فی ثمن رقبتها فأخذها حینئذ بمنزلته، و لیس للغرماء المنع، و إن قلنا بتعلق حقهم بالمنفعه، لو لم تبع لأولویه حقه منهم، و لا یشارکونه فی الثمن، لأن الذی تعلق بها حقه دون غیره، فیتعلق حقه بثمنها القائم مقامها دون غیره، و إن کان هو ملکا للمفلس، إلا أنه کالمرهون یتعلق حق البائع به.

و علی کل حال فالحکم خاص فیها دون ولدها لأنه حر باعتبار تولده، و هو فی ملک سیدها، و إن لم یکن لأحد معه حقه، فلا سبیل حینئذ علیها، و لو و فی بعضها بثمن رقبتها أشکل الفسخ فیها مطلقا و إذا جنی علیه أو علی عبده أو علی مورثه خطأ تعلق حق الغرماء بالدیه لأنها مال متجدد للمفلس، و لا یصح العفو

منه هنا لمنعه من التصرف فی المال و إن كان ت الجنايه عمدا كان بالخيار بين القصاص و بين أخذ الديه إن بذلت له و الواجب له أصاله القصاص علی الأصح و لا- يتعين عليه قبول الديه للأصل و لأنها اكتساب و هو غير واجب و له العفو عن القصاص هنا لعدم كونه تصرفا ماليا، فتنتفی الديه حينئذ، لأن الأصح ثبوتها صلحا لا أصاله.

أما علی القول بأن الواجب أحد الأمرين فقد يقال: بتعينها بعد العفو عن القصاص، مع أنه لا يخلو عن بحث فتأمل. أما لو قتل هو كانت ديته كماله، و لو كان عمدا لم يجز للورثه القصاص إلا بعد أداء الدين علی المشهور، كما فی الدروس، قال:

و قيده الطبرسی ببذل القاتل الديه، و جوز الحليون القصاص مطلقا، قلت: و لتحقيق الحال فی ذلک محل آخر و الله أعلم.

نعم لو كان له دار موقوفه عليه أو دابه كذلک، و ليست من المستثنيات وجب عليه أن يؤاجرها بإذن الحاكم أو الغرماء، لتعلق الحق بمنفعتهما و ليس هو اكتسابا و كذا لو كانت له مملوكه ممنوع عليه بيعها و لو كانت أم ولد (۱۱) بل فی المحكی عن المبسوط إذا كانت له أم ولد يؤمر بإجارتها، و يجبر علی ذلک بلا خلاف، و ظاهره بين المسلمين، لكن فی التذكره لو كانت له أم ولد أو ضيعه موقوفه عليه، ففی وجوب مؤاجرتها نظر، من حيث أن المنافع و إن لم تكن مالا فإنها تجری مجراه، فيجعل بدلها للدين، و من حيث أن المنافع لا تعد أموالا حاضره و لو كانت تعد من الأموال لوجب اجاره المفلس نفسه، و لوجب بها الحج و الزكاه، و الثانی أقرب، و مقتضاه المنع مطلقا حتی فی الدار الموقوفه، و الدابه و نحوهما.

و فيه منع واضح حتی بالنسبه إلی الحج بها، علی أنه لو سلم أمكن الفرق بأن الحج إنما يجب بالمال الحاضر، و المنفعه تتجدد شيئا فشيئا، و لا- يطمئن ببقائها بحيث يستوفی الجميع، حتی يستقر ملک الأجره فلا يجب عليه الاقدام مع هذه المخاطره و لو فرض بحال يستقر ملكه علی الأجره اتجه الوجوب حينئذ.

ثم إنه لا خلاف و لا إشكال فی أن للمفلس الدعوی لأنها لیست تصرفا مالیا ف إذا شهد للمفلس شاهد بمال فان حلف استحق و تعلق به حق الغرماء و ان امتنع قیل لم یجبره الحاکم، لأنه لا یعلم صدق الشاهد، و لو علم ثبت الحق بشهادته من غیر یمین، و حینئذ فلا یجبره علی مالا یعلم صدقه، و لان الحلف تکسب و هو غیر واجب.

و فیه أن المدعی یعلم صدقه و هو کاف فی الجبر، و إن لم یعلم الحاکم، و لیس هو تکسبا، بل هو مقدمه لتحصیل ماله الواجب علیه، لوفاء الدین المطالب به.

و علی کل حال إذا لم یحلف ف هل یحلف الغرماء قیل: و القائل الأکثر بل المشهور بل لا أجد فیه خلافا من غیر الإسکافی لا یحلفون، بل فی ظاهر التذکره الإجماع علیه، و هو الوجه للإجماع ظاهرا علی عدم جواز الحلف لإثبات مال الغیر، و لما فی المسالک من أن کل واحد منهم إن حلف علی مجموع المال کان حلف لإثبات مال غیره، و هو باقی الغرماء، و إن حلف علی القدر الذی یخصه بالتقسیط لم یثبت له أجمع، بل بعضه، لأنه مال المفلس، فلا یتم ثبوت جمیع المال بهذا الحلف، و الاعتذار عن حلفه علی المجموع بأنه إنما یثبت به استحقاقه، لا یدفع ذلک، لأنه یتضمن إثبات مال الغیر أیضا، و إن کان قد یناقش فیه بأنه یحلف علی الجمیع، و إن کان لا یثبت له إلا حصته، کالوارث، و لا یستلزم إثبات باقی المال للغرماء.

و دعوی أن ثبوت حصته فرع ثبوت المال للجمیع، ممنوعه، کدعوی مشارکه الغیر له فی هذه الحصه، إذ هو کبعض الورثه إذا حلف، فإنه یثبت حصته، و لا یشارکه غیره فیها، و إن کانت هی للمیت فتأمل جیدا. و لذا قال فی التذکره: لو حلف بعض الغرماء عند القائلین به، دون بعض استحق الحالفون بالقسط، کما لو حلف بعض الورثه لدین المیت، و لیس لمن امتنع من الیمین من الغرماء مشارکه الحالف، کالوارث إذا حلف دون باقی الورثه، لم یکن للباقین مشارکته، لأن المقبوض بالیمین لیس عین مال المیت، و لا عوضه بزعم الغریم.

و ربما قیل بالجواز بل هو المحکی عن أبی علی لأن فی الیمین إثبات

حق للغرماء و الممنوع إنما هو لإثبات مال الغير من دون حق، إذ أقسام اليمين لإثبات مال الغير ثلاثه، كما عن حواشى الشهيد الأول: أن لا يكون للحالف حق فلا يصح حلفه إجماعا، الثانى: أن يكون للحالف حق و لغيره حق، لكن حق الحالف مقدم، و هو محل البحث و نحوه المرتهن، الثالث: أن يكون للحالف حق و لغيره حق، و لكن حق الغير مقدم، كالراهن و مالك الجانى فهذا يحلف، و يثبت حق غيره إجماعا، و فيه أن الأصل عدم ثبوت الحق باليمين، فيقتصر فى خلافه على المتيقن، و هو محل الإجماع و يبقى غيره على الأصل، و منه ما نحن فيه.

نعم يمكن التوصل هنا إلى حلف الغرماء بان ينقلوا المال إليهم بعقد شرعى يعلم به الشاهد، ثم يشهد و يحلفون، لكن يخرج عما نحن فيه، و كذا الكلام فيما لو كان الدين لميت، و نكل الوارث، و أراد الغرماء الحلف، إلا أن المحكى هنا عن حواشى الشهيد جواز حلفهم، و لعله للفرق بينه و بين المفلس بتعذر الوصول إلى الحق من الميت بخلاف المفلس، لكنه كما ترى لا يصلح مخرجا عن الأصل المزبور، فتأمل جيدا و الله أعلم.

و إذا مات المفلس حل ما عليه بلا خلاف و لا إشكال كما تقدم سابقا، و لا يحل ماله عند المشهور بين الأصحاب شهره عظيمه، بل عن الغنيه نفى الخلاف فيه. بل عن الخلاف لا خلاف فيه بين المسلمين. للأصل بعد حرمه القياس، على أن الفارق موجود بتضرر الورثه بالامتناع عن التصرف، و الغرماء به، و لكن فيه روايه أخرى مرسله لأبى بصير(۱)و قد ذكرناها سابقا مهجوره عند معظم الأصحاب، إذ لم أجد من عمل بها إلا الشيخ فى المحكى عن نهايته التى ليست هى كتاب فتوى، و أبا الصلاح، و القاضى، و الطبرسى، فيما حكى عنهم. و هو لا يصلح جابرا لها كى تصلح لقطع الأصل بل الأصول كما هو واضح.

و ينظر المعسر إلى الميسره، كما قال الله تعالى (۲)«وَ إِنْ كانَ ذُو عُسْرَةٍ فَنَظِرَةٌ إِلى مَيْسَرَةٍ»

---

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۱۲- من أبواب الدين الحديث- ۱.

۲- ۲ سوره البقره الآيه ۲۸۰.

و

فی خبر غیاث بن إبراهیم (۱)عن الصادق عن الباقر علیهما السلام «أن علیا علیه السلام کان یحبس الرجل، فإذا تبین له إفلاسه و حاجته خلی سبیله، حتی یستفید مالا»

و

فی وصیه الصادق علیه السلام (۲)الطویله التی کتبها لأصحابه «إیاکم و إعسار أحد من إخوانکم المسلمین أن تعسروه بشی ء یکون لکم قبله، و هو معسر، فإن أبانا رسول الله صلی الله علیه و آله کان یقول: لیس لمسلم أن یعسر مسلما، و من أنظر مسلما أظله الله یوم القیامه، یوم لا ظل إلا ظله».

و

فی مرسل عبد الله بن سنان (۳)عن النبی صلی الله علیه و آله «لا یحل لغریمک أن یمطلک و هو مؤسر، فکذلک لا یحل لک أن تعسره، إذا علمت أنه معسر»

و

فی المرسل (۴)«إن امرأه استعدت علی زوجها عند أمیر المؤمنین علیه السلام أنه لا ینفق علیها، و کان زوجها معسرا، فأبی أن یحبسه، و قال: إن مع العسر یسرا، و لم یأمره بالتکسب»

و

النبوی العامی (۵)«أنه صلی الله علیه و آله لما حجر علی معاذ لم یزد علی بیع ماله»

و

فی آخر(۶)«أن رجلا أصیب فی ثمار ابتاعها فکثر دینه، فقال النبی صلی الله علیه و آله: تصدقوا علیه، فتصدقوا علیه فلم یبلغ وفاء دینه، فقال النبی صلی الله علیه و آله: خذوا ما وجدتم لیس لکم إلا ذلک».

کل ذلک مضافا إلی ما عن المبسوط من أنه لا خلاف فی أنه لا یجب علیه قبول الهبه و الوصیه، و الاحتشاش، و الاحتطاب، و الاغتنام، مؤیدا بالمشهور نقلا و تحصیلا علی عدم وجوب التکسب علیه، بل أرسله بعضهم إرسال المسلمات، و عللوا به عدم قبول الهبه و نحوها مما یظهر منه المفروغیه منه، بل عن ظاهر الغنیه و السرائر الإجماع علی عدم جواز دفعه إلی الغرماء لیستعملوه.

و حينئذ ف لا يجوز إلزامه بالتكسب و لا مؤاجرته التى

---

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۷- من أبواب أحكام الحجر الحديث- ۱.

۲- ۲ الوسائل- الباب- ۲۵- من أبواب الدين الحديث- ۱.

۳- ۳ الوسائل- الباب- ۲۵- من أبواب الدين الحديث- ۲.

۴- ۴ الوسائل- الباب- ۷- من أبواب الحجر الحديث- ۲.

۵- ۵ سنن البيهقى ج ۶ ص ۴۸.

۶- ۶ سنن البيهقى ج ۱ ص ۵۰.

هی نوع تکسب أیضـا، و دعوی- أنها لیست منه، بل هی منفعه، و قـد تقـدم أن التحقیق کون المنفعه مالا یتعلق بها حق الغرماء- یـدفعها أنه لاـ إشکال فی عـدم عـد منفعه الحر مالا، و لـذا لا تضـمن بالفوات. و إنما تکون مالا بالإجاره، لا قبلها، فلا یتعلق بها حینئذ حق

للغرمـاء، فما عن مالک- فی روایه من أنه إن کان یعتاد إجاره نفسه لزم، و أحمـد و إسـحاق و عمر بن عبـد العزیز و عبـد الله بن الحسن العنبری و سوار من أنه یؤاجر، فإن امتنع جبره القاضی- واضح الضعف، و ان احتجوا بأن

النبی صلی الله علیه و آله (۱)«بـاع سـرقا فی دینه، و کـان سـرق رجـل دخل المـدینه، و ذکر أن وراه مال، فـداینه الناس فرکبته الدیون، و لم یکن وراه مال، فأتی به النبی صلی الله علیه و آله فسماه و باعه بخمسه أبعره»

، و الحر لا یجوز بیعه فثبت أنه باع منافعه.

بل ورد فی طریق الخاصه

خبر محمد بن سلیمان (۲)عن رجـل من أهل الجزیره یکنی أبا محمـد قال: «سأل الرضا علیه السـلام رجل و أنا أسـمع، فقال له: جعلت فداک إن الله عز و جل یقول

وَ إِنْ کانَ ذُو عُسْرَهٍ فَنَظِرَهٌ إِلی مَیْسَرَهٍ

أخبرنی عن هـذه النظره التی ذکرها الله عز و جل فی کتابه لها حـد یعرف، إذا صار هـذا المعسـر إلیه لا بد له من أن ینتظر، و قد أخذ مال هذا الرجل و أنفقه علی عیاله، و لیس له غله ینتظر إدراکها و لا دین ینتظر محله، و لا مال غائب ینتظر قدومه؟ قال: نعم ینتظر بقدر ما ینتهی خبره إلی الامام، فیقضی عنه ما علیه من سهم الغارمین، إذا کان أنفقه فی طاعه الله عز و جل، فإن کان أنفقه فی معصیته، فلا شی ء له علی الامام، قلت: فما لهذا الرجل الذی

ائتمنه، و هو لا یعلم فیما أنفقه فی طاعه الله أو فی معصیته، فقال: یسعی له فی ماله، فیرده علیه و هو صاغر».

و

خبر السکونی (۳)عن الصادق عن الباقر علیهما السلام «ان علیا علیه السلام کان یحبس فی الدین، ثم ینظر فإن کان له مال اعطی الغرماء، و إن لم یکن له مال دفعه إلی

---

۱- ۱ سنن البیهقی ج ۶ ص ۵۰.

۲- ۲ الوسائل- الباب- ۹- من أبواب الدین الحدیث- ۳.

۳- ۳ الوسائل- الباب- ۷- من أبواب أحکام الحجر الحدیث- ۳.

الغرماء، فيقول اصنعوا به ما شئتم، ان شئتم و أجروه، و إن شئتم استعملوه»

و إلى ذلك أشار المصنف بقوله و فيه روايه أخرى مطرحه لكن فى اللمعه، و هو يدل على وجوب التكسب، و اختاره ابن حمزه و منعه الشيخ و ابن إدريس، و الأول أقرب، و فى الروضه «لوجوب قضاء الدين على القادر مع المطالبه، و المكتسب قادر، و لهذا تحرم عليه الزكاه، و حينئذ فهو خارج من الآيه، و إنما يجب عليه التكسب فيما يليق بحاله عاده و لو بمؤاجره نفسه، و عليه تحمل الروايه».

و فى المسالك «و لو قيل بوجوب ما يليق بحاله كان حسنا» و فى الدروس «و يجب التكسب لقضاء الدين على الأقوى بما يليق بالمديون، و لو كان إجاره نفسه و عليه تحمل الروايه» و فى جامع المقاصد «و فيه قوه» و عن السيد

عميد الدين يجب على المديون السعى إذا جرت عادته بالسعى، و كذا لو لم تجر عادته إذا لم يستضر، و فى الوسيله ان كان المستدين معسرا صبر عليه من له الدين حتى يجد، فإن كان مكتسبا أمر بالاكتساب و الإنفاق بالمعروف على نفسه و عياله، و صرف الفاضل فى وجه دينه، و إن كان غير مكتسب خلى سبيله حتى يجد، و عن جامع الشرائع و مجمع البرهان الأمر بالاكتساب، و فى المختلف قول ابن حمزه جيد و نمنع من إعسار المكتسب و لهذا تحرم عليه الزكاه.

و فى السرائر «و من كان عليه دين وجب عليه السعى فى قضائه» و فى القواعد «و يجب على المدين السعى فى قضاء الدين» و نحوهما عن النهايه، و ربما استظهر منهم وجوب السعى حتى بالتكسب، لكن صدورها ممن علم من مذهبه عدم وجوب التكسب يقضى بإراده السعى فى تحصيل ماله من ديون و أموال غائبه، و نحو ذلك، لا ما يشمل وجوب التكسب، و ربما جمع بين الكلامين بإراده وجوب السعى الشامل للتكسب، و إراده نفى إلزام الغرماء له به، و استعمالهم إياه و مؤاجرتهم له، و عن التذكره الإجماع على عدم جواز مطالبته و ملازمته و حبسه.

و كيف كان فالإنصاف أن كلمات الأصحاب فى المقام لا يمكن جمعها على معنى

واحـد، بـل لعـل الحاصل مما ذكرناه منها أربعه أقوال أو خمسه، و أن المشـهور منها عـدم وجوب التكسب حتى بالتقاط مباح لا يحتاج إلى تكلف، فيكون وجوب الوفاء عندهم مشـروطا باتفاق حصول اليسار، و لا يجب عليه تحصـيله و إن تمكن منه، تمسكا بالأصل و ظاهر الآيه(۱)و الروايه المعتضده بما سمعت.

لكن فيه أن الأصـل يقطعه ظهور أمر قضـاء الـدين فى كونه واجبـا مطلقـا، و الآيه لا تـدل على كونه مشـروطا، ضـروره أنه يجب الإنظار إلى الميسره، و ان وجب عليه تحصيلها مع التمكن منها، و كذا الروايه، بل إن كانت (حتى) فيها تعليليه أشعرت بالوجوب حينئـذ، نعم همـا معا ظاهران فى خلاف خبر السـكونى (۲)الـذى قال فى السـرائر: «أنه مخالف لأصول مـذهبنا، و محكم التنزيل» ضروره أن الإنظـار الـذى هو بمعنى التـأخير منـاف لاسـتعماله فى الـدين و مؤاجرته، و كـذا تخليه السبيل التى فى الروايه فالقول حينئذ بوجوب السعى عليه فى قضاء الدين بتكسب و غيره لا يخلو من قوه.

نعم لا يجب عليه ما كان منه فيه نقص عليه و منه، ترجيحا لما دل على عدم تحمل المؤمن ذلك عليه، مع انه لا يخلو من إشكال فيمـا إذا لم يصـل إلى حـد الحرمه لكون الواجب عليه هنـا حق مخلوق أيضـا يتضـرر بعـدم وصوله إليه، و دعوى- عـدم وجوب السـعى لعـدم العلم بانتاجه القضاء الواجب، إذ قـد يتخلف عنه، و الواجب من المقـدمه ما كان موصـلا إلى ذى المقدمه- يدفعها أولا: أنه يمكن العلم عاده فى بعض أفراد السـعى بحصول قضاء جميع الدين أو بعضه، و ثانيا: ان الأوامر المطلقه تقتضى التشاغل فى مقدمات المأمور بها إلى أن يحصل العجز، و لا يجب العلم بالتوصل، كما أوضحنا

ذلك فى باب التيمم بالنسبه إلى طلب الماء فلاحظ و تأمل.

اللهم إلاـ أن يقال إن ذلك إن وجب فهو ليس من وجوب المقـدمه لوجوب ذيها بل هو من الفهم العرفى من إطلاق الخطاب، و نمنع وجود خطاب هنا كذلك، و على

---

۱- ۱ سوره البقره الآيه- ۲۸۰.

۲- ۲ الوسائل- الباب- ۷- من أبواب أحكام الحجر- الحديث- ۳.

تقدیره فهو معارض بالمنساق من الآیه و الروایه المعتضدتین بکلام الأصحاب، فتأمل جیدا. لکنه مع أنه واضح النظر لا یحسم ماده الإشکال المتقدم القاضی بالوجوب الذی منه یعلم عدم الفرق بین المکتسب و غیره، بل و بین اللائق به و غیره فی وجه، کما أنه یعلم منه أنه لا تسلط للغرماء علی استعماله، و مؤاجرته المنافیه للأنظار، و تخلیه السبیل، و إن وجب علیه هو السعی فی قضاء دینه، فتأمل جیدا. و الله أعلم.

### [القول فی قسمه ماله ]

#### اشاره

القول الثالث فی قسمه ماله بین غرمائه بعد بیعه، قال الفاضل فی القواعد «ینبغی للحاکم المبادره إلی بیع ماله، لئلا تطول مده الحجر» و ظاهر لفظ «ینبغی» فیها الاستحباب، کما هو صریح التذکره، لکن قد یقال: إن الحجر علی خلاف الأصل، فیجب الاقتصار فیه علی قدر الحاجه، فتجب المبادره حینئذ خصوصا بعد مطالبه الدیان، و الفرض قیام الحاکم مقام المدیون، و خصوصا مع مصلحه المفلس فی التعجیل مخافه التلف، و یجب علی الحاکم مراعاه المصلحه، و لعله لذا قال فی التحریر «علی الحاکم أن یبادر إلی بیع ماله و قسمته» بل فی جامع المقاصد «إن الوجوب أظهر».

نعم لا یفرط فی المبادره بحیث یؤدی إلی فساد فی المال، بأن یطمع المشترون فیه بثمن بخس، و فی المتن و القواعد و محکی المبسوط و التحریر و الإرشاد یستحب إحضار کل متاع إلی سوقه، لتتوفر الرغبه و مقتضاه جواز بیعه فی غیر سوقه، و لو رجی الزیاده فیه، لکن فی جامع المقاصد أنه لا یبعد الوجوب، إلا أن یقطع بانتفاء الزیاده بإحضاره فی سوقه، و فی المسالک إنما یستحب الإحضار إذا وثق بانتفاء الزیاده لو بیع فی غیر سوقه، و الا فالأولی الوجوب، لأن بیعه فیه أکثر لطلابه، و أضبط لقیمته، و لکن أطلق الجماعه الاستحباب، و ظاهر اللمعه الوجوب، و به جزم فی الروضه مع رجاء زیاده القیمه قلت: قد یقال: الأصل البراءه إذا باعه بثمن مثله فی غیره، و رجاء الزیاده تطلب للإصلاح، و لا یجب علیه، إذ لا یزید علی مال الطفل الذی لا یجب فیه مراعاه الغبطه، و علی کل حال لو شق نقله إلی سوقه، نودی علیه.

و كذا يستحب حضور الغرماء تعرضا ل طلب الزياده فإنه ربما يرغبون فى بعض المتاع فيزيدون قيمته، و لا يجب عليه ذلک، لما عرفت، لكن فى المسالک «يمكن وجوبه مع رجاء الزياده بحضورهم» بل و فى جامع المقاصد «لو رجى بحضورهم زياده نفع وجب» و فيه ما تقدم، و كذا يستحب حضور المفلس أو وكيله، فإنه أخبر بقيمه متاعه، و أعرف بجيده من غيره، و بثمنه و بالمعيب من غيره و لأنه تكثر الرغبه بحضوره، فإن شراء المال من مالكه أحب إلى المشترى، و لأنه أبعد من التهمه، و أطيب لقلب المفلس، و ليطلع المشترى على العيب، فيبيعه على وجه لا يرد، و لغير ذلک، بل يأتى وجوب حضوره مع رجاء الزياده به بناء على ما تقدم. و فيه ما عرفت.

و يستحب أيضا أن يبدء ببيع ما يخشى تلفه كما فى القواعد و محكى المبسوط، و التحرير، لما فيه من مراعاه الأصلح للمفلس، لكن عن ظاهر الإرشاد و التذكره، الوجوب، بل فى جامع المقاصد لا ريب فى وجوب ذلک، لوجوب الاحتياط على الأمناء و الوكلاء، فالحاكم أولى فإن تصرفه قهرى، فلا يجوز له تعريض مال من حجر عليه التلف، فيبيع الفاكهه و الطعام و نحوهما، و تبعه فى المسالک فقال:

«جعل هذا من المستحب ليس بواضح، بل الأجود وجوبه، لئلا يضيع على المفلس و على الغرماء، و لوجوب الاحتياط على الوكلاء و الأمناء فى أموال مستأمنيهم، فهذا أولى. لأن ولايه الحاكم قهريه، و هى أبعد من مسامحه المالک، و حينئذ فيبدء بما يخاف عليه الفساد عاجلا كالفاكهه ثم بالحيوان ثم سائر المنقولات ثم بالعقار، هذا هو الغالب، و قد يعرض لبعض ما يستحق التأخير التقدم لوجه» قلت: لعل المراد خوف التلف فى نفسه، لكونه مما شأنه ذلک، لا تخوف التلف إن لم يبدء به و فرق واضح بين المقامين، فتأمل جيدا.

و يستحب أن يبدء بعده بالرهن لانفراد المرتهن به و لأنه ربما زادت قيمته عن الدين، فيضم الباقى إلى مال المفلس، و ربما نقصت فيضرب المرتهن

بباقى دينه مع الغرماء، و كذا العبد الجانى، و إن فارقه بأنه لو قصر عنها لم يستحق المجنى عليه الزائد، لأن حقه لم يتعلق بالذمه، بل بالعين، بخلاف الرهن، لكن لولا التسامح فى السنن لأمكن المناقشه، فى اقتضاء ذلك ندبيه البداءه به قبل غيره، فمن الغريب ما عن ظاهر الإرشاد، و صريح جامع المقاصد، من الوجوب لذلك، الذى يمكن حصوله و إن تأخر بيعهما، ضروره معرفه النقصان و الزياده قبل القسمه، كما هو واضح.

و يستحب أيضا أن يعول على مناد يرتضى به الغرماء و المفلس دفعا للتهمه عنه و لا يجب للأصل، و لأنه بالحجر على المفلس سقط اعتباره، و كان كوكيله، و الغرماء إنما لهم حق الاستيفاء من القيمه، و الحاكم أمين شرعى لا تتطرق إليه التهمه، ف من هنا إن تعاسروا عين الحاكم و سقط استحباب مراعاتهما معا، هذا. و لكن عن جامع المقاصد هذا الحكم ينبغى أن يكون على طريق الوجوب فإن الحق فى ذلك للمفلس، فإنه ماله و الغرماء لأنهم استحقوا صرفه إليهم بدينهم، و تبعه فى المسالك، و فيه ما عرفت، خصوصا بعد ما حكى عن جامع المقاصد من أنه يفوض إليهم التعيين، فإن كان مرضيا أى ثقه أمضاه الحاكم، و إلا رده و عين غيره، و هو فى الحقيقه غير خارج عن تعيين الحاكم، بل عنه أيضا و التذكره التصريح بأن المقام ليس كالراهن و المرتهن. إذا اتفقا على غير ثقه لبيع الرهن جاز، إذ لا نظر للحاكم معهما هناك، بخلاف ما هنا، فان للحاكم نظرا فى مال المفلس، إذ الحجر بحكمه، و ربما ظهر غريم فيتعلق حقه.

هذا كله إذا كان مختار كل منهم متطوعا، أو بأجره متحده، و الأقدم المتبرع و قليل الأجره مع صلاحيته لذلك، و لكن الانصاف مع ذلك كله عدم خلو الجزم بعدم اعتبار مالك المال، و الغرماء الذين تعلق حقهم به بالحجر، من إشكال، خصوصا مع أصاله عدم تسلط غير المالك، و ذى الحق على المال، بل قد يقال باعتبار تقدم اختيار المفلس مع عدم الضرر على الغرماء، لأنه المالك، و حقهم إنما تعلق من حيث الاستيفاء لا غيره، بل لا يعتبر رضاهم بعد تعيينه، كما هو واضح. فتأمل جيدا.

و من ذلـك يعلم مـا فى المحكى عن المبسوط من أنهم ان اختلفوا فاختـار المفلس رجلاـ و الغرماء آخر، نظر الحاكم فإن كان أحدهما ثقه، و الآخر غير ثقه مضى الثقه، و إن كانا ثقتين إلا أن أحدهما بغير أجره أمضاه، و إن كانوا جميعا بأجره قبل أوثقهما و أصلحهما للبيع، و عن التـذكره أنه زاد و إن كانا متطوعين ضم أحـدهما إلى الآخر، لأنه أحوط، و فى جامع المقاصـد بعـد أن حكى ذلك قال: و من هنا يعلم أن عباره القواعد التى هى كعباره الكتاب تحتاج إلى تنقيح.

قلت: الأمر فى ذلك سهل، ضروره معلوميه تتبع الحاكم التراجيح التى لا يسع للفقيه حصرها، و إنما المهم تنقيح ما قدمناه، فتأمل جيدا. و الله أعلم.

و كيف كان ف إذا لم يوجـد من يتبرع بالبيع و لا بـذلت الأجره من بيت المال المعد للمصالح التى هذه من جملتها، لعدم سـعته لـذلك، أو لأهميه صـرفه فى غيره، و لا من تبرع بها وجب أخذها من مال المفلس، لأن البيع واجب عليه بل الأقوى عدم وجوب أخـذها من بيت المـال، بـل أطلق فى القواعـد كون الأجره عليه، كما أنه أطلق تقـدم أجره الكيال و الوزان و الحمال، و ما يتعلق بمصـلحه الحجر على سائر الديون، اللهم إلا ان يريد ما فى محكى التذكره من أن مؤنه الأموال كأجره الوزان و الناقد و الكيال و الحمال و المنادى و أجره البيت الذى فيه المتاع مقدمه على ديون الغرماء، لأنها لمصلحه الحجر، و إيصال أرباب الحقوق حقهم، و لو لم تقدم لم يرغب أحد فى تلك الاعمال، و حصل الضرر للمفلس و الغرماء.

هـذا كله إذا لم يوجـد متطوع بـذلك، و لا فى بيت المال سعه له، فإن وجـد متطوع أو كان فى بيت المال سعه لم يصـرف مال المفلس إليهـا، و مقتضـاه عـدم جواز أخـذها من مـال المفلس، مع وجود بيت المـال، مع أن ذلك لضـروره وفاء دينه، فكيف لا يجوز صرفه من ماله، فلا ريب فى أن الأقوى الجواز، بل الأحوط عدم الأخذ من بيت المال إلا أن يعطى للمفلس من حيث فقره، بل ينبغى وفاء دينه عنه، بل قد سـمعت خبر محمد بن سليمان (۱)و قـد تقدم فى آخر باب القرض ما يدل من النصوص (۲)على وجوب

---

۱- ۱ الوسائل الباب ۹ من أبواب الدين الحديث ۳.

۲- ۲ الوسائل الباب ۹ من أبواب الدين الحديث ۲.

ذلـک علی الامـام، و أنه إن لم يقضه عنه كان عليه وزره، لقوله تعالی (۱)«إِنَّمَـا الصَّدَقاتُ» الی آخره فلاحظ و تأمل، لکن ذلک غير ما نحن فيه، إنما الکلام فی إعطائه هذه المؤن من بيت المال، و ان لم تحتسب علی المديون، و هو لا يخلو من إشكال، و الله أعلم.

و لاـ يجوز تسـليم مـال المفلس لمن اشتراه إلا مع قبض الثمن منه سابقا لمنافاته الاحتياط اللازم مراعاته فی المقام، بل لو رضـی المفلس و الغرمـاء أمكن للحـاكم المنع فی وجه، لأـن له نظرا فی المـال، و لجواز ظهور غريم، و إن كـان الأـوجه خلافه، لأصاله عدم غريـم آخر، و علی كل حال ف إن تعاسرا تقابضا معا كما فی كل بايع و مشتری، و لا وجه لجبر المشتری علی التسليم سابقا خلافـا لمـا عن المبسوط فی أول كلامه، و لا يبيع الا بثمن المثل فصاعـدا، إن أمكن حالا، بل صـرح الفاضل بأنه لا يبيع إلا بنقد البلد، لأنه أوفر، و لان التصرف علی الغير يراعی فيه المتعارف.

قلت: هو كـذلک إذا لم يتفق المفلس و الغرمـاء علی الـبيع بغير نقـد البلـد، و إلاـ اتجه الجواز، و خصوصـا إذا كـان أعود لهـم و موافقا لجنس الدين، بل قد يقال بجواز البيع بدون ثمن المثل مع رضاهم، لأصاله عدم غريم آخر، و

لو لم يوجـد بـاذل لثمن المثـل، لم يجز تـأخيره طلبا لمصـلحه المفلس، مع عـدم رضا الغرماء، و لعل المراد بثمن المثل فی كلام الأصحاب ما يبذل فی مقابلته فی ذلک المكان و الزمان.

نعم فی محكی التـذكره لو كـان بقرب بلـد ملک المفلس بلـد فيه قوم يشترون العقار فی بلـد المفلس أنفـذ الحاكم إليهم ليتوفر الثمن علی المفلس، و فی جامع المقاصـد «لا وجه لتخصـيص العقار، و كذا غيره» و لا بأس به و لو كانت المصـلحه للمفلس فی البيع بغير نقـد البلـد لم يجب إليه إذا كـان مخالفـا لجنس حق الغرمـاء، بل بيع بالنقـد و إن خالف حقهم، ثم يصـرف إليه إذا لم يرضوا به عوضا عن حقهم، و عن التحرير أنه إذا بيع بغير جنس الحق من النقد دفع إلی الغرماء بالقيمه، و لعله يريد مع التراضی.

---

۱- ۱ سوره التوبه الآيه ۶۰.

و كيف كـان فمـا يقبضه الحـاكم من الأثمـان على التدريـج، فـان كان الغريم واحـدا سـلم اليه من غير تأخير، و كـذا إن أمكنت قسـمته بسـرعه، و إن كان يعسـر قسـمته لقلته و كثرتهم جاز له التأخير، إلا إذا امتنعوا، فإنه يقسم عليهم حينئـذ، و لا يكلفوا حجه على انتفاء غيرهم لعسـرها، بل يكتفى بإشاعه حاله، بحيث لو كان لظهر، و تكليف الورثه الحجه على انتفاء غيرهم باعتبار كونهم أضبط من الغرماء لا يستلزمه هنا. و الله أعلم.

و لو اقتضت المصـلحه تأخير القسـمه قيل و القائل الشيخ فى المحكى عن مبسوطه و الفاضل فى قواعده يجعل المال فى ذمه ملى بقرض و نحوه احتياطـا لحفـظ المـال، إذ هو أولى من الإيـداع المحتمل للتلف بلا ضـمان و إلا يوجـد ملى يجعله فى ذمته جعل وديعه لأنه موضع ضـروره حينئـذ، و ظاهرهما وجوب الأول مع التمكن عنه، و إن لم يكن فى غيره مفسده و نوقش فى ذلك بأن فرض الحـاكم فى الأـموال التى يليهـا الاستيـداع، كمـا فى أموال اليتامى و غيرهم ممن أمره أحوط من مال المفلس، و الفرق بأن مـال الصبى معـد لمصـلحه تظهر له، من شـراء تجـاره أو عقـار و نحوهمـا، و قرضه قـد ينـافى ذلك، بخلاف مال المفلس المعد للغرماء خاصه كما ترى، و لعله لـذا نسـبه المصـنف إلى القيل مشـعرا بتمريضه، بل فى التذكره، القطع بجواز الإيداع، مع التمكن من القرض، و إن كان هو أولى و استحسنه فى المسالك.

لكن قـد يقـال: إن الموافق لمـا تقـدم من المسالك و غيرها وجوب مراعاه الأصـلح للأمين الشـرعى الـذى فى الحقيقه نائب عن الشارع فى ذلك، و معلوم أن الأصـلح واجب المراعاه على الشارع، لقبـح ترجيح المرجوح بالنسـبه اليه، و لعل ذلك هو مبنى ما تقـدم سابقـا، و ان كـان هو متخلفـا فى بعض أفراده، ضـروره الفرق بين مراعاه الأصـلح من الافراد الموجوده، و بين تطلب الفرد الأصـلح و ان لم يعلم بوجوده، فإنه يمكن منع وجوب الثانى بخلاف الأول، بل قـد يمنع وجوب تطلب ذى المصـلحه فضـلا عن الأصلح.

و على كـل حـال يكـون ذلـك هو المـدار فى المسـأله و أفراده مختلفه لاـ يسع الفقيه ضـبطها، و ينبغى حينئـذ اعتبـار الامـانه مع الملاءه، بل لعل الأولى أخذ الرهن مع

التمکن منه، و ربما أغنی هو عن الملاءه بل و الأمانه، و لا یؤجل القرض بعقد بیع و نحوه، لأن الدیون حاله، اللهم إلا أن لا یوجد مقترض بدونه، و کان هو مع الأجل أرجح من الودیعه، فإن المتجه القرض، و بالجمله المدار فی المسأله بالنسبه إلی التطلب علی عدم المفسده، و لا یجب علیه تطلب المصلحه، فضلا عن الأصلح.

نعم لو وجد اعتبر مراعاتهما، بل لا یجوز له ترک الأصلح حینئذ، بناء علی ما عرفت فتأمل و ینبغی أیضا اعتبار العداله فی الودعی، بل فی المسالک، و مراعاه من یرتضیه الغرماء و المفلس، و مع الاختلاف یعین الحاکم، لکن اقتصر فی التذکره علی الغرماء، فقال: و ینبغی أن یودع ممن یرتضیه الغرماء، فإن اختلفوا و عینوا من لیس بعدل لم یلتفت الحاکم، و عین من أراد من الثقات و لا یودع من لیس بعدل، و لا ریب فی أنه ینبغی مراعاته أیضا فیودع حینئذ ممن یرتضیه الثلاثه، و قد عرفت المدار فی أصل المسأله. نعم قد یقال: بعدم اعتبار الحاکم فی المقام إذا قطع بانتفاء غریم آخر، ضروره انحصار الحق حینئذ فی المفلس و الغرماء، بل و مع احتماله أیضا لأصاله عدمه أما لو کان بعض الغرماء غائبا أو ناقصا اعتبر الحاکم حینئذ، و تکلیفه حینئذ فی الحفظ ما عرفت، و الله أعلم.

و لا یجبر المفلس علی بیع داره التی یسکنها إجماعا محکیا عن المبسوط، و فی الغنیه و التذکره ل

قول الصادق علیه السلام فی حسن الحلبی أو صحیحه (۱)«لاتباع الدار و لا الجاریه فی الدین، لأنه لا بد للرجل من ظل یسکنه، و خادم یخدمه»

و فی

صحیح ذریح المحاربی «لا یخرج الرجل من مسقط رأسه بالدین»

و هو الذی ذکره

ابن أبی عمیر علی ما رواه إبراهیم بن هاشم (۲)قال: «إن محمد بن أبی عمیر کان رجلا بزازا فذهب ماله و افتقر، و کان له علی رجل عشره آلاف درهم، فباع دارا له کان یسکنها، بعشره آلاف درهم و حمل المال إلی بابه، فخرج إلیه محمد بن أبی عمیر فقال: ما هذا؟ فقال: هذا مالک الذی علی قال: ورثته؟ قال: لا، قال: وهب لک؟

---

۱- ۱ الوسائل- الباب ۱۱- من أبواب الدین الحدیث ۱.

۲- ۲ الوسائل- الباب ۱۱- من أبواب الدین الحدیث ۵.

قـال، لاـ قـال: فهل هو ثمن ضـيعه بعتها؟ قال: لا، قال: فما هو؟ قال: بعت داری التی أسـكنها لأقضـی دینی، فقال محمـد بن أبی عمیر: حدثنی ذریح المحاربی عن أبی عبد الله علیه السلام

قـال: لاـ یخرج الرجل عن مسـقط رأسه بالـدین، ارفعها لا حاجه لی فیها، و الله إنی لمحتاج فی وقتی هـذا إلی درهم واحـد، و ما یدخل ملكی منها درهم»

و كـان ذلـك من ابن أبی عمیر لكمـال ورعه، و علـو همته، و إلاـ فلیس مراد الصـادق علیه السـلام عـدم بیع المالـك برضـاه، و اختیاره لوفاء دینه، إذ لا ریب فی جوازه، بل لا أجد خلافا فیه، و یمكن دعوی الإجماع أو الضـروره علی خلافه، بل المراد أنه لا یلزم بیعها و یجبر علیه، إذ لا یجب علیه شرعا الوفاء بها.

نعم قد یفهم من

خبر عثمـان بن زیاد(۱)أنه لا ینبغی لـذی الـدین أن یكون سـببا لبیع المـدیون داره، و لو برضاه، أو یرضـی له بذلك، قال: «قلت لأبی عبد الله علیه السـلام إن لی علی رجل دینا، و قد أراد أن یبیع داره فیقضی؟ فقال له أبو عبد الله: أعیذك بالله أن تخرجه من ظل رأسه، أعیذك بالله أن تخرجه من ظل رأسه، أعیذك بالله أن تخرجه من ظل رأسه».

و علی كل حال فلاتباع الدار فی الدین، لكن

فی خبر سـلمه بن كهیل (۲)«سـمعت علیا علیه السـلام یقول لشریح: أنظر إلی أهل المعل و المطل فی دفع حقوق الناس من أهل القـدره و الیسار، ممن یدلی بأموال المسـلمین إلی الحكام، فخذ للناس بحقوقهم و بع فیه العقار و الدیار، فإنی سـمعت رسول الله صلی الله علیه و آله یقول: مطل المسلم المؤسر ظلم للمسلمین،

و من لم یكن له عقار و لا دار و لا مال فلا سبیل علیه»

و ینبغی حمله علی الموسر المماطـل، أو علی الزائـد عن قـدر الحـاجه، أو علی التقیه، أو غیر ذلـك، و قـد یلحق بالـدار بیوت الاعراب، و بالجاریه خـدمه الأحرار، إذا كان من أهل ذلك، فیعزل من ماله حینئـذ مقدار اجاراتهم، و سـتعرف فی آخر المبحث أن مدار ذلك كله العسر و الحرج، الشاملان لذلك و غیره مما یضطر إلیه لمعایشه أو رفع النقص عنه.

و كیف كان فلو فرض كون الدار زائده عما یحتاجه سكن ما احتاجه و بیاع

---

۱- ۱ الوسائل الباب ۱۱- من أبواب الدین الحدیث ۳.

۲- ۲ الوسائل الباب ۱۱- من أبواب الدین الحدیث ۹.

منهـا مـا يفضـل عن حاجته لوفاء دينه الواجب عليه، كما صـرح به الفاضل فى القواعـد و ثانى الشـهيدين، و يحيى ابن سـعيد فى المحكى عن جامعه، و غيره، بل لا أجد فيه خلافا، و يرشد إليه التعليل فى صحيح الحلبى (۱)المتقدم، و

قال الصدوق كان شيخنا محمد بن الحسن رضى الله عنه يروى (۲)«إن كانت الدار واسعه يكتفى صاحبها ببعضها فعليه أن يسكن منها ما يحتاج اليه، و يقضـى ببقيتها دينه و كذلك إن كفته دار بدون ثمنها باعها، و اشترى بثمنها دارا ليسـكنها، و يقضـى بباقى الثمن دينه.»

و

فى موثق مسعده بن صدقه(۳)«سـمعت جعفر بن محمد عليهما السلام و سئل عن رجل عليه دين، و له نصيب فى دار، و هى تغل غله فربما بلغت غلتها قوته، و ربما لم تبلغ حتى يستدين، فإن هو باع الدار، و قضـى دينه بقى لا دار له، فقال: إن كان فى داره ما يقضى به دينه، و يفضل منها ما يكفيه و عياله، فليبع الدار، و إلا فلا»

، كل ذلك مضافا إلى أصاله لزوم الوفاء، مع التمكن الـذى يجب الاقتصار فى الخروج منه على المتيقن، و هو غير ذلك، بل هو المنساق من دليل الاسـتثناء و منه و بعض ما تقـدم يعلم أنه لو فرض زياده قيمتها عليه، وجب بيعها، و شـراء اللائقه بحاله، و أخذ الزائد.

لكن عن التذكره المنع من بيعها، و كذا الخادم، و شـراء أدون منهما للأصل المقطوع بما سـمعت، و النهى عن بيعهما، و فيه ما لا يخفى بعـد ما عرفت، مع أن الذى وجدته فيها فى باب الدين أنه لا يكلف بيع داره، و شـراء أدون إذا كانت داره بقدر كفايته، و كذا لا يكلف بيع خادمه و شراء أدون، و لا بيع فره و شراء أدون، للأصل و عموم النهى عن بيع هذه الأشياء، و هو غير صريح فى الخلاف فتأمل. و لو كان له دور متعـدده و فرض احتياجه إلى سـكناها لم يبع شـى ء منها، كما صـرح به ثانى الشـهيدين للتعليل السابق، و اراده الجنس من الدار.

و كذا البحث فى أمته التى تخدمه المحتاج إليها الذى حكى الإجماع عن المبسوط، و فى

الغنيه و ظاهر التذكره على عدم بيعها فى الدين، مضافا إلى صحيح

---

۱- ۱ الوسائل الباب ۱۱- من أبواب الدين الحديث ۱.

۲- ۲ الوسائل الباب ۱۱- من أبواب الدين الحديث ۶.

۳- ۳ الوسائل الباب ۱۱- من أبواب الدين الحديث ۷.

الحلبی (۱)المتقدم، المحمول لفظ الجاریه فیه علی المثال للخادم، و لو عبدا، بل المتعدد کالمتحد مع الحاجه، نحو ما سمعته فی المسکن. نعم قد یتوقف فی عدم جواز بیع ذلک إذا کانت الحاجه من حیث الشرف، لا من حیث الاضطرار، حتی بالنسبه إلی الدار الواحده، و الخادم الواحد، لأصاله لزوم وفاء الدین، و ظهور التعلیل فی أن المدار علی الاضطرار، بل منه قد ینقدح بیع داره المملوکه لو کان له دار قد وقفت علیه ترتفع ضرورته بسکناها، و کذا الخادم.

و فی المسالک سابقا أنه لو کانت له أم ولد تحصل خدمته بها فالظاهر الاکتفاء بها عن مملوکته، لصدق المملوکه، و ان تشبثت بالحریه فیباع ما سواها مع احتمال عدمه، و فیه نوع إیماء إلی ما ذکرنا، لکن قد یقال: إن ما احتاج الیه من حیث الشرف أشق علی النفوس من الضروریات، و المدار فی المسأله کما سمعته علی العسر و الحرج، فتأمل جیدا.

و کیف کان فقد ظهر لک مما قدمنا ضعف المحکی عن ابن الجنید من جواز الإلزام ببیع الدار و الخادم فی الدین، و إن کان الأولی ترکه،

قال: «و یستحب للغریم إذا علم عسر من علیه الدین أن لا یحوجه الی بیع مسکنه و خادمه الذی لا یجد غناء عنهما، لا وثوبه الذی یتجمل به، و أن ینظره إلی أن ینتهی خبره إلی من فی یده الصدقات إن کان من أهلها أو الخمس إن کان من أهله، فإن لم یفعل ذلک و ثبت دینه عند الحاکم، و طالب الحاکم ببیع ذلک فلا بأس أن یجعل ذلک الملک رهنا فی ید غریمه، فإن أبی إلا استیفاء حقه أمره الحاکم بالبیع، و توفیه أهل الدین حقوقهم، فإن امتنع حبسه إلی أن یفعل ذلک، فإن دافع باع علیه الحاکم» إذ هو کما تری اجتهاد فی مقابله النص و الفتوی، بل الإجماع، بل کما عرفت.

و خبر سلمه بن کهیل (۲)المتقدم محمول علی ما سمعت، هذا و لم نعثر فیما وصل إلینا من النصوص علی استثناء غیر الدار، و الجاریه، و الکفن، لکن فی الغنیه «و لا

---

۱- ۱ الوسائل الباب- ۱۱- من أبواب الدین الحدیث- ۱.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۱۱- من أبواب الدین الحدیث- ۹.

دابته التی یجاهد علیها بدلیل إجماع الطائفه». و فی المسالک بعد ذکر الدار و الجاریه اللائقین بحاله قال: «و فی حکمها دابه رکوبه، و لو احتاج الی المتعدد استثنی کالمتحد» و کذا الروضه، و فی الإرشاد «و لا فرس رکوبه إذا کان من أهلها» و نحوه التذکره من دون شرط، و کذا جامع المقاصد.

قلت: لعل المدار فی ذلک و غیره مما تسمعه من ثیاب التجمل و نحوها عدم الحرج فی

الدین، و إراده الله بنا الیسر دون العسر، و نحو ذلک مما دل علی هذا الأصل، و ربما کان فی دین التذکره إشاره الیه فلاحظ و تأمل. و لعل فی قوله (۱)«وَ إِنْ کانَ ذُو عُسْرَهٍ فَنَظِرَهٌ إِلی مَیْسَرَهٍ» نوع إیماء إلیه، کالتعلیل فی صحیح الحلبی (۲)ضروره حصول العسر و الحرج و المشقه التی لا تتحمل فی بیع الضروریات، و لو بحسب الشرف الذی یکون فی عدمه نقص و إذلال لا ترضی به الأنفس العزیزه، بل ربما کان علیها أشد مراعاه من الضروریات للمعاش، بل قد یهون علیهم فی مقابله إزهاقها، و من هنا أسقط الشارع التکالیف له فی باب الوضوء و الغسل و استطاعه الحج و غیر ذلک، و دعوی أن ذلک لا یتم فی حقوق المخلوقین کما عن بعض الشافعیه واضحه المنع، ضروره إطلاق الأدله، کدعوی أنه مشترک بینه و بین صاحب المال، إذ فیه أنه لا عسر و لا حرج فی الانتظار، و لو فرض حصوله فی خصوص شخص لم یکن معتبرا، لأن المدار علی المشقه علی الصنف لا الشخص، کما حقق فی محله.

کل ذلک مع أنه یمکن دعوی صدق ذی العسره علی من لم یجد غیر ذلک، و أنها لا یتحقق صدق المیسره بها، لأن المراد بذی العسره الشده و الضیق علیه، لو أراد الوفاء، و عکسه المیسره، و لا ریب فی تحقق الشده و الضیق علیه لو کلف ببیع ضروریاته، و لعله لذا استدل بها الفاضل فی المختلف علی استثناء الدار و الجاریه، و حکی عن الأردبیلی أنهم قد یستثنون بعض الأمور المحتاج إلیها، مثل الکتب العلمیه لأهلها، لکن فی التذکره «و لا

یترک له الفرش و البسط، بل یسامح باللبد و الحصر

---

۱- ۱ سوره البقره الآیه ۲۸۰.

۲- ۲ الوسائل الباب ۱۱- من أبواب الدین الحدیث- ۱.

القليل القيمه» و يمكن منعه عليه بناء على الأصل الذى قد ذكرنا، على ما يظهر من بعضهم من الاقتصار على بعض الضروريات، اللهم إلا يريد المثال، بل ستسمع ما فى موضع آخر من التذكره من شرط الأخذ عندنا أن لا يكون مما يحتاج اليه المفلس فى ضروريات معاشه، و بالجمله فالمدار فى المسأله على ما ذكرنا.

نعم قد يشك فى تحقق العسر بالنسبه إلى بعض الأمور، فتباع حينئذ فى الدين لأصاله وجوب وفائه حينئذ فتأمل جيدا. هذا و فى المسالك «لا فرق فى المستثنيات بين كونها عين مال بعض الغرماء و عدمه عندنا» قلت: قد استشكل فيه الفاضل فى المحكى عن تحريره، و الشهيد فى الحواشى، لتعارض العمومين، بل قد يقال بظهور نصوص المقام فى غير الفرض، فيكون دليل الفسخ بلا معارض، بل لعل مثله ليس بيعا فى الدين، لكن قد يشعر قوله فى المسالك عندنا بالإجماع، و ربما ظهر ذلك أيضا من التذكره حيث لم يحك الخلاف فيه، إلا عن احمد

لقوله (۱)«من أدرك متاعه»

إلى آخره و أجاب عنه بأنه ليس على إطلاقه، لأنه مشروط إجماعا بشرائط تخرجه عن الاحتجاج به فى صوره النزاع، لأن شرط الأخذ عندنا أن لا

يكون مما يحتاج إليه المفلس فى ضروريات معاشه.

و لو باع الحاكم أو أمينه مال المفلس، ثم طلب بزياده لم يفسخ العقد إذا لم يكن ذلك بخيار و نحوه، بلا خلاف أجده فيه، للأصل السالم عن المعارض، و لو التمس من المشترى الفسخ لم يجب عليه الإجابه للأصل أيضا لكن يستحب قطعا فى كل طالب للإقاله، فضلا عن المقام، و لو كان البيع بخيار فسخ بل فى جامع المقاصد «لا ريب فى الوجوب» و فى المسالك «فى الوجوب نظر، أقربه ذلك، و إن كان قد بيع بثمن المثل، للقدره على تحصيل الزياده بالفسخ، فيكون كما لو طلب بزياده عن ثمن المثل قبل البيع» قلت: ينبغى الجزم بذلك، مراعاه للأصلح مع تيسره، و فرق واضح بينه و بين ما إذا لم يكن خيار، و إن بذل المشترى الإقاله لعدم حق للمفلس ينبغى مراعاته، فلا يجب على الحاكم الإجابه لو بذلها المشترى فضلا عن وجوب الالتماس عليه، و ان علم اجابه المشترى له.

---

۱- ۱ سنن البيهقى ج ۶ ص ۴۵.

نعم يستحب للحاكم الفسخ مع رضا المشترى كما نص عليه فى القواعد و غيرها، بل قد يقال: باستحباب التماس الحاكم للمشترى عليها، بل عليه يحمل ما عن المبسوط إذا باع الحاكم أو أمينه من مال المفلس بثمن مثله، ثم جاء به زياده بعد لزوم البيع و انقطاع الخيار، سئل المشترى الإقاله أو بذل الزياده، و يستحب للمشترى الإجابه الى ذلک، لان فيه مصلحه المفلس، و ان لم يجبه إلى ذلک لم يجبر عليه، لان البيع الأول قد لزم، إذ احتمال اراده وجوب السؤال مخالف للأصل، بلا مقتض.

و من الغريب ما فى الحواشى المنسوبه إلى الشهيد عند قول الفاضل و لو بذلت زياده بعد الشراء استحب الفسخ، قال: «هذا إن كان للبائع خيار مجلس أو شرط أو غبن، و إلا فلا، نعم يستحب للمشترى الإقاله، و يحتمل فى الأول الوجوب، و قد استشكله فى باب الوكاله خصوصا على قول الشيخ أن المبيع لا يملک إلا بعد انقضاء الخيار، قلت:

المتجه أيضا وجوب الفسخ على الوكيل مع الخيار، و عموم وكالته له مراعاه للمصلحه، كما هو واضح. و لعل الذى دعاه الى ما ذكره ظهور قول الفاضل استحب الفسخ فى أن له ذلک، و ان لم يرض المشترى، و ليس إلا مع الخيار، و فيه أن المراد استحباب الفسخ مع رضى المشترى بالإقاله، كما ذكرناه سابقا و الله أعلم.

و يجرى عليه نفقته و كسوته و نفقه من تجب عليه و كسوته، و يتبع فى ذلک عاده أمثاله إلى يوم قسمه ماله، فيعطى هو و عياله نفقه ذلک اليوم بلا خلاف أجده فى شى ء من ذلک، و فى محكى المبسوط لا خلاف فى أنه يجب أن ينفق عليه، و على من تجب عليه نفقته من أقاربه و زوجته و مماليكه من المال الذى فى يده، و لا يسقط عنه نفقه أحد منهم. و فيه أيضا يجب أن يكسى و يكسى جميع من تجب عليه كسوته من زوجته و أقاربه إجماعا، و قدرها ما جرت به عادته من غير سرف، و قد حد ذلک بقميص و سراويل و منديل و حذاء لرجله، و ان كان من عادته أن يتطلس دفع إليه طيلسان، و إن كان بردا شديدا زيد فى ثيابه محشوه، و أما جنسها فإنه يرجع أيضا فيها إلى عاده مثله مع الاقتصاد، و فى التذكره «يجب على الحاكم أن يترک له دست ثوب يليق بحاله، و قميص و سراويل و منديل و مكعب و يزيد فى الشتاء جبه، و يترک له العمامه

و الطیلسان و الخف، و دراعه یلبسها فوق القمیص إن کان لبسها یلیق بحاله، لأن حطها عنه یزری بحاله، و فی الطیلسان و الخف نظر، (إلی أن قال): و یجوز أن یترک له نفقه یوم القسمه، و کذا نفقه من علیه نفقته» إلی غیر ذلک من کلماتهم، و إن اقتصر بعضهم علی ثیاب التجمل، إلا أن المدرک فی الجمیع واحد، و هو ما ذکرنا سابقا.

مضافا الی ما تسمعه مما ورد فی الکفن الذی هو کسوه المیت، فإن الحی أعظم حرمه منه، و إلی ما یشعر به فی الجمله

خبر علی بن إسماعیل (۱)«عن رجل من أهل الشام أنه سأل أبا الحسن علیه السلام عن رجل علیه دین قد فدحه و هو یخالط الناس، و هو یؤتمن یسعه شراء الفضول من الطعام و الشراب، فهل یحل له أم لا؟ و هل یحل أن یتطلع من الطعام، أم لا یحل له الا قدر ما یمسک به نفسه و یبلغه؟ قال: لا بأس بما أکل»

و

النبوی (۲)«ابدء بنفسک ثم بمن تعول»

و الی ما دل علی وجوب الإنفاق الذی یرجح علی ما دل علی وفاء الغریم بوجوه منها فتوی الأصحاب، و اختص نفقه ذلک الیوم لعدم انضباط غیره، و لاحتمال تعلق وجوب نفقه الیوم الشامل للیل علیه بأول الیوم، دون غیره من الأیام، و ان قلنا بارتجاع نفقه من یموت من عیلته فی أثناء النهار، بناء علی أنه یملکه المنفق علیه، بشرط اجتماع الشرائط لا مطلقا، و ان احتمله فی المسالک.

و علی کل حال بذلک یفترق عن الکسوه التی لا معنی لاعتبارها یوما فیوما، و من هنا لاحظوا فیها المعتاد فیها کما و کیفا و زمانا، و لو اتفقت القسمه فی طریق سفره، ففی القواعد، و جامع المقاصد، و محکی الإیضاح أن الأقرب اجراء النفقه إلی یوم وصوله، بل فی الثانی ان احتمال العدم ضعیف جدا، إذا لم یکن دون منزله بلد آخر للإضرار المؤدی إلی الهلاک أو المشقه العظیمه، قال: و لو کان بلد دون منزله ففی الاجراء إلی وطنه المألوف إشکال، هذا و فی التذکره أن کلما یترک له

---

۱- ۱ الوسائل الباب ۲۷- من أبواب الدین الحدیث- ۱.

۲- ۲ الجامع الصغیر ج ۱ ص ۵ طبع عبد الحمید احمد حنفی الوسائل الباب ۲۸- من أبواب الصدقه الحدیث- ۸- و فیه ابدء بمن تعول الأدنی فالأدنی.

إذا لم يوجد فی ماله اشتری له، و هو جید بالنسبه إلی النفقه دون الدار و الخادم و الفرس و نحو ذلک مما لم یکن متخذا لها، و إن کان محتاجا إلیها لعدم الدلیل.

و فیها أیضا أنه لو کان للمفلس صنعه تکفیه لمؤنته و ما یجب علیه لعیاله، أو کان یقدر علی تکسب ذلک لم یترک له شی ء و کأنه مناف لإطلاق الأصحاب الذی قد عرفت أن منشؤه تقدیم ما دل علی وجوب الإنفاق، و القدره علی التکسب لا تنافیه.

و لا- تقتضی تقدیم حق الدیان علی حق من وجبت نفقته علیه فتأمل جیدا، و فیها أیضا أن الاولی الاعتبار بما یلیق بحاله فی إفلاسه، لا فی حال ثروته، و لو کان یلبس قبل الإفلاس أزید مما یلیق بحاله، رد إلی اللائق. و ان کان یلبس دون اللائق تقتیرا لم یزد علیه فی الإفلاس، و یترک لعیاله من الثیاب ما یترک له، قلت: قد یقال: إن المدار علی اللائق بحاله فی حد ذاته، مع قطع النظر عن حالی إفلاسه و ثروته.

نعم لو کان مقترا علی نفسه لم یزدد علی ذلک کما ذکره.

و لو مات قدم کفنه علی حقوق الغرماء، و یقتصر علی الواجب منه بلا خلاف أجده، و

قال زراره(۱)«سألت أبا عبد الله علیه السلام عن رجل مات و علیه دین بقدر کفنه؟ قال: یکفن بما ترک، إلا أن یتجر انسان فیکفنه، و یقضی بما ترک دینه»

و

خبر إسماعیل بن أبی زیاد(۲)«عن جعفر عن أبیه علیهما السلام قال: قال رسول الله صلی الله

علیه و آله إن أول ما یبدء به من المال الکفن ثم الدین ثم الوصیه، ثم المیراث»

و هما الحجه مضافا إلی محکی الإجماع فی جامع المقاصد، و إلی ما دل علی التکفین من أصل المال (۳)، المرجح علی ما دل علی وفاء الدین (۴)بما عرفت، بل لیس فی الخبرین الاقتصار علی الواجب، فقد یقال: بتقدیم الکفن المتعارف بالنسبه إلی ذلک الشخص، علی وفاء الدین.

خصوصا إذا قلنا: إن المنشأ فی تقدیمه کونه من النفقه التی قد عرفت الرجوع

---

۱- ۱ الوسائل الباب- ۱۳- من أبواب الدین الحدیث- ۱.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۱۳- من أبواب الدین الحدیث- ۲.

۳- ۳ الوسائل الباب ۲۷- من أبواب أحکام الوصایا الحدیث- ۱- ۲.

۴- ۴ الوسائل الباب- ۴- ۸۵ من أبواب الدین.

فيها إلى عاده أمثاله، كما يومى اليه إلحاق باقى مؤن تجهيزه من السدر و الكافور و ماء الغسل و نحو ذلك، بالكفن فى التقديم، بل و مؤن تجهيز كل من وجب عليه تجهيزه، ضروره عدم المدرك لذلك إلا كونه من الإنفاق الذى قد عرفت تقديمه على وفاء الدين. فالوجه فى ذلك كله الرجوع إلى المتعارف، و إن زاد على الواجب، ما لم يقم إجماع على خلافه، اللهم إلا أن يقال: إنا نمنع كون المنشأ فى وجوب الكفن الإنفاق، و لذا لم يجب تكفين من وجبت نفقته عليه من أقاربه، بل المنشأ الخبران، و تقديم ما دل على التكفين من أصل المال على ما دل على وفاء الدين، و مثله باقى مؤن التجهيز فينبغى حينئذ الاقتصار على الواجب

منه، دون المندوب الذى قد ورد فيه أنه ليس من الكفن. نعم لا بأس بالرجوع فى جنس الواجب إلى الوسط، مع أن المحكى عن البيان الاقتصار على الأدون، و احتمله غيره أيضا، و قد تقدم لنا بعض الكلام فى ذلك فى كتاب الطهاره فلاحظ و تأمل.

ثم إن الظاهر عن النص و الفتوى عدم الفرق فى هذه المستثنيات بين كون الدين لطاعه أو مباح أو معصيه، و بين كونه عوض غصب و سرقه و إتلاف محرم و غيرها، و بين كونه لمعين و غيره، كالزكاه و الكفاره و الخمس و النذور و نحوها.

أما تارك الحج عمدا حتى ذهب ماله، فالمتجه وجوب بيعها فى أدائه للمقدمه، و لعدم شمول أدله المقام له حتى نفى الحرج، ضروره كونه هو الذى أدخله على نفسه على أنه معارض بما دل على وجوب حجه على كل حال، لكن

عن فقه الرضا عليه السلام (۱)«إن كان غريمك معسرا و كان أنفق ما أخذ منك فى طاعه الله فانظره إلى ميسره، و هو أن يبلغ خبره الامام عليه السلام، فيقضى عنه، أو يجد الرجل طولا فيقضى دينه، و إن كان أنفق ما أخذ منك فى معصيه الله فطالبه بحقك، فليس من أهل هذه الآيه».

و

فى خبر محمد بن سليمان (۲)عن رجل من أهل الجزيره يكنى أبا نجاد «قال سئل الرضا عليه

السلام عن رجل و أنا اسمع فقال له: جعلت فداك إن الله عز و جل يقول:

---

۱- ۱ المستدرک ج ۲ ص ۴۹۳.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۹- من أبواب الدين الحديث- ۳.

(وَ إِنْ کانَ ذُو عُسْرَهٍ فَنَظِرَهٌ إِلی مَیْسَرَهٍ) أخبرنی عن هذه النظره التی ذکر الله تعالی فی کتابه، لها حد یعرف إذا صار هذا المعسر إلیه لا بد من أن ینظر، و قد أخذ مال هذا الرجل، و أنفقه علی عیاله، و لیس له غله فینظر إدراکها، و لیس له دین ینظر محله و لا مال غائب ینظر قدومه؟ قال: نعم، فینتظر بقدر ما ینتهی خبره إلی الامام، فیقضی ما علیه من الدین من سهم الغارمین إذا کان أنفقه فی طاعه الله عز و جل، و إن کان أنفقه فی معصیه الله فلا شی ء علی الامام له، قلت: فما لهذا الرجل الذی ائتمنه، و هو لا یعلم فیما أنفقه، فی طاعه الله أم فی معصیته، قال: یسعی له فی ماله فیرده علیه و هو صاغر».

و عن الصدوق الفتوی بمضمونها، فجوز المطالبه للمعسر إذا کان قد أنفقه فی معصیه، و لعل الدین إذا کان معصیه فی نفسه، کالسرقه و الغصب أولی من ذلک عنده، و ربما استحسن بعض متأخری المتأخرین الجمع بین خبر السکونی (۱)الدال علی تسلیم المدیون إلی غرمائه لیستعملوه، و غیره مما دل علی العدم بذلک أیضا، إلا أن الجمیع کما تری بعد عدم ثبوت حجیه الکتاب المزبور عندنا، و ضعف خبر

أبی نجاد و اضطراب متنه، بدلاله أوله علی الإنفاق علی العیال، و ذیله علی أنه لم یعلم، بل ما فیه من عدم وفاء الامام عنه مع الجهل بحاله مخالف لأصاله صحه فعل المسلم.

کل ذلک مضافا إلی ما قیل: من أولویه الانظار بالمنفق فی المعصیه من المنفق بالطاعه، باعتبار عدم حلیه الزکاه للأول دون الثانی، فلا ریب حینئذ فی أن الإطلاق المزبور الذی قلنا أنه الظاهر من النص و الفتوی أولی، کما أن الظاهر منهما أیضا عدم التسامح فی الزائد علی المستثنیات، ضروره وجوب وفاء الدین الذی یمکن دعوی استقلال العقل فیه، فضلا عما ورد فیه من الشرع.

و ربما وسوس فیه بعض متأخرین المتأخرین مدعیا أن الظاهر من النصوص التوسعه فی ذلک، فإن

عمر بن یزید(۲)«قال: قد أتی رجل أبا عبد الله علیه السلام یقتضیه

---

۱- ۱ الوسائل الباب- ۷- من أبواب الحجر الحدیث- ۳.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۵- من أبواب الدین الحدیث- ۴.

و أنا حاضر، فقال له: ليس عندنا شی ء. و لكن يأتينا خِطْر و وسمه فتباع و نعطيك إنشاء الله، فقال له الرجل: عدنی، فقال له عليه السلام: كيف أعدك و انا لما لا أرجو أرجى منی لما أرجو»

و هو دال على التوسعه، و عدم ما ذكروه من التضييق، فإنه يبعد كل البعد أن لا يكون له مال بالكليه سوى المستثنيات المذكوره، إذ المستفاد من الاخبار أنه كان ذا ثروه و أملاك، و إن تعذر عليه النقد فی ذلك الوقت.

و هو من غرائب الكلام فإنه ليس فی الخبر دلاله على مضايقه الديان له هذه المضايقه، و إنما تقاضاه بتخيل وجود شی ء عنده، فأرضاه بالكلام حتى أراد منه الوعد على ما ذكره، فأجابه بما سمعت. نعم ربما يستفاد من

خبر يزيد بن معاويه(۱)نوع سعه «قال: قلت لأبی عبد الله عليه السلام: إن علی دينا يعوزنی و أظنه قال و لأيتام، و أخاف إن بعت ضيعتی بقيت و ما لی شی ء؟ فقال: لا تبع ضيعتك، و لكن أعط بعضا، و أمسك بعضا»

لكن يمكن أيضا أن لا يكون مقتض لتعجيل دينهم، و أنهم محتاجون إلی الإنفاق الذی يحصل بالدفع تدريجا، بل ربما أذن عليه السلام له فی ذلك، باعتبار ولايته عليه السلام عليهم، و كل ذلك مع عدم دلاله فی الخبر على إلزام الولی له بذلك؟ و أنه إنما سأل الإمام عن أصل وجود الدين عليه لهم، و أنه يريد وفاءه و إن لم يكن ملتزما بذلك. بل هو الظاهر من الخبر و الله أعلم.

---

۱- ۱ الوسائل الباب- ۱۱- من أبواب الدين- الحديث- ۲- لكن عن بريد العجلی.

## [مسائل ثلاث ]

### اشاره

مسائل ثلاث

### [المسأله الأولی إذا قسم الحاکم مال المفلس ثم ظهر غریم نقضها و شارکهم الغریم ]

الأولی: إذا قسم الحاکم مال المفلس علی غرمائه ثم ظهر غریم لم یکن یعلم به و لیس له عین مال قد اختار الفسخ فیها نقضها بل هی انتقضت فی نفسها و شارکهم الغریم کما فی الإرشاد، و التحریر، و المسالک، و محکی المبسوط، و التذکره، لعدم صدق القسمه التی کان یأمر بها أمیر المؤمنین علیه السلام ضروره أنها إخراج الحصص المشاعه إلی التعیین، و مع فرض ظهور الغریم المشارک لهم بسبب سبق دینه علی الحجر مثلا لم تخرج حصته من الإشاعه إلی التعیین، لحصولها فی کل حصه دفعت إلی کل غریم فتبطل القسمه التی من مقوماتها وصول نصیب کل إلی صاحبه، فلا یتحقق صدقها إلا بدفع الحصه الأخیره إلی صاحبها لو فرض وقوعها علی التدریج.

و من هنا ظهر لک أنه لا فرق بعد الأمر بالقسمه التی عرفت توقف صدقها علی ما سمعت، بین اشتراک عین المال و عدمه، کما فی المقام، فإن المال و إن کان ملکا للمفلس بل لا یتوقف تعیین نصیب کل منهم علی التراضی، إلا أنه علق الشارع فیه دیون الغرماء علی الإشاعه، علی معنی استحقاق کل منهم الوفاء منه بحصه مشاعه علی نسبته إلی باقی الدیون و أمر بقسمته علی ذلک، و قد عرفت توقف صدقها علی ما سمعت، بل لعلها کذلک فی شرکه الأموال فإن المال المشترک بین ثلاث لو فرض کونه نصفین مثلا، و تراضی اثنان منهما علی ان یکون نصیب کل منهما فی أحد النصفین عوضا عن الأخر، فیبقی للثالث مع کل منهما حصته المشاعه، لم تصح القسمه، و إن لم یکن فیها تصرفا فی مال الثالث، و لا إخراجا له عن الإشاعه، إلا أن القسمه لا یتحقق صدقها مع بقاء الحصه المشاعه للثالث، بل قد یشکل الصحه مع التراضی من

الجميع، ما لم يكن بعقد صلح مثلا فاتضح من ذلك أن المانع فى الجميع متحد، و هو عدم صدق القسمه بدون ذلك.

فما فى ظاهر القواعد- أو محتملها فى المقام- من عدم انتقاضها و أنه يرجع إلى كل أحد بحصه يقتضيها الحساب- واضح الضعف، و إن اختاره فى جامع المقاصد محتجا بأن كل واحد قد ملك ما هو قدر نصيبه بالإقباض الصادر من أهله فى محله فلا يجوز النقض، لأنه يقتضى إبطال الملك السابق، أما الحصه الزائده على قدر نصيبه باعتبار الغريم الظاهر، فإنها غير مملوكه فتستعاد، و حاصله أنه قبض نصيبه و غيره، فهو صحيح فى نصيبه، باطل فى غيره، لوجود المقتضى فى الأول، إذ هو الدفع من المالك على جهه القضاء، و قبض الديان له على هذا الوجه بخلاف الزائد فإنه ليس له دفعه وفاء، فيختص المانع به، و بقاءه مشاعا غير قادح، لانه مال الدافع، إذ هو كما لو دفع المديون خمسه عشر إلى الديان اشتباها، فإنه يصح الدفع و القبض فى خمسه فقط، و ان بقيت مشاعه فى العشره المشتركه بينهما، و بذلك افترق المقام عن الأموال المشتركه بين ملاك متعدده.

لكنك خبير بما فيه بعد الإحاطه بما ذكرنا، مضافا إلى أن مقتضاه الصحه حتى فى صوره الاشتباه فى التوزيع بين الغرماء الحاضرين، و فى صوره نسيان بعضهم، و فى صوره العمد إلى اختصاص أحدهم بالزائد، أقصاه أن الغريم يضرب بالحصه، و أما القابض فإنه يملك مقدار نصيبه، لا أظن أحدا يلتزمه، فإنه لا يتصور القسمه المأمور بها فى بعض افراده كما لو خص أحدهم بجميع المال، أو خرج حصه أحدهم مستحقه للغير، و لم يكن للمفلس إلا غريمان، و دعوى أن المراد بالقسمه فى المقام أمر لا ينافيه شى ء من ذلك، لا شاهد له، بل الشاهد بخلافه متحقق، ضروره ظهور النصوص و الفتاوى بصحه الدفع و القبض- إذا كان جامعا لوصف القسمه، فلا يترتب عليه ملك بدونه كما هو واضح؛ هذا.

و عن فخر المحققين أن مبنى المقام على أن الدين هل يتعلق بالتركه تعلق الدين

بـالرهن، أو الجنـايه برقبه العبـد؟ فعلى الأـول يكون قضاء، و يرجع بحصه يقتضـيها الحساب لأنه يكون بمنزله صاحب الـدين إذا أخـذ أكثر ممـا يسـتحقه، و على الثـانى تبطـل، لأنهـا تكون قسـمه الكـل المشترك حقيقه بين بعض المسـتحقين، و هو كما ترى خصوصا الشق الثانى، إذ لا يلزم من كون تعلقه بها تعلقا كتعلق أرش الجنايه ثبوت القسـمه حقيقه التى هى فرع الشركه الحقيقيه، لأن المجنى عليه، لا يملك الجانى و لا شيئا منه بمجرد الجنايه، و إن اسـتحق ذلک مطلقا، أو فى صوره العمد، و أما الشق الأول ففيه مالا يخفى أيضا بناء على ما ذكرنا.

ثم إنه لا يخفى ثمره القولين بأدنى تـدبر فى كون النماء للمفلس على النقض، فيحسب حينئذ له من ديونه، لظهور بطلان القسـمه من الأصـل لا حين ظهور الغريم، و للغرماء، على تقـدير عـدم النقض عـدا نماء الحصه الباقيه للغريم، فإنه يكون حينئـذ للمفلس، فيقسم بين غرمـائه، و لا يختص به صاحب الحصه، لعـدم ملكه إياها قبل القبض، كما هو واضـح. لكن فى القواعـد بعـد أن ذكر عـدم النقض أولاـ ثم احتمـل النقض قـال: «ففى الشـركه فى النماء المتجـدد إشـكال» و لعله للإشـكال فى أصل المسأله و ما عن الإيضاح من أنه تفريع على النقض و عدمه، فإن قلنا بالنقض شارک، و إلا فلا و منشأ الاشـكال هل هو رفع القسـمه من أصلها أم فسـخ متجـدد و هو كما ترى، و كذا احتمال أنه تفريع على النقض، و إن قيل: إنه المبادر من العباره، إلا أنه واضح الفساد و منها تحقق الزكاه على القابض، إذا بلغ نصـيبه النصاب على عدم النقض، و لا زكاه على النقض، و منها مضـى التصـرف فيه على عدم النقض، و عدمه على الآخر، إلى غير ذلک مما هو واضح بأدنى تأمل.

و لو كـان قـد تلف المـال فى يـد الغرماء، فالظاهر احتسابه عليهم على كل حال أما على عـدم النقض فواضـح، و أما على النقض فلانه قبضوه استيفاء، و القبض يضمن بفاسده، كما يضمن بصحيحه، و لعموم (۱)

«على اليد»

هذا كله فى ظهور الغريم المطالب بدين.

---

۱- ۱ سنن البيهقى ج ۶ ص ۹۰ كنز العمال ج ۵ ص ۲۵۷.

أما إذا كان غريم له عين قائمه فى أموال المفلس، ففى المسالک «أما إن يجدها مع بعض الغرماء أو مع غيرهم بأن يكون الحاكم قد باعها و جعل ثمنها فى ماله، أو يجدها بأيدى الغرماء بالسويه، و فيما عدا الصوره الأخيره لا يتوجه إلا نقض القسمه لأن العين إذا انتزعت من أحدهم بقى بغير حق، و فى الأخيره الخلاف السابق.

قلت: مبنى هذا الكلام على عدم بطلان الخيار بالبيع، أو بالدفع إلى أحد الغرماء و هو أحد الاحتمالين أو الثلاثه أو الأربعه فى المسأله كما أوضحناه فى محله، و على تقديره فظاهره انحصار الخلاف فى الصوره المتأخره، مع أنه يمكن جريانه فى الصوره الأولى، بناء على ما سمعته من جامع المقاصد مما لا فرق فيه بين ظهور الغريم و حضوره، و كذا الثانيه إذا فرض اختصاص أحد الغرماء بالثمن، أو لو فرض توزيعه فالمتجه عدم نقض القسمه، لعدم رجوع أحد الغرماء على الآخر بحصه مشاعه، و إنما يرجع عليهم صاحب الثمن على حسب حصصهم، و هو لا يقتضى بطلان القسمه، و كذا الصوره الثالثه التى هى فرض تسويه الغرماء فى العين، فإنه مع انتزاعها منهم أجمع له يرجع أحدهم على الأخر بشى ء.

نعم لو جعل مبنى النقض فى ذلک أن صاحب العين من جمله الغرماء، و قد وقعت القسمه قبل حضوره، فهو يستحق حصه مشاعه يخير بينها، و بين انتزاع العين، فالنقض حينئذ لذلک بناء على أن النقض بمثله، و لو على جهه التخيير كان أولى، لكن عليه ينبغى أن لا- يتفاوت الحال فى الصور الثلاثه بل يتجه النقض حينئذ لو وجد العين على ملک المفلس و قد قسم ما عداها فانتزعها. هذا. و ربما توهم من عباره المصنف و القواعد و غيرهما احتياج نقض القسمه إلى حكم الحاكم بذلک، و هو واضح الفساد، كما نص عليه فى جامع المقاصد، و إنما أسند النقض اليه باعتبار فرض كونه القاسم، و إلا فهى منتقضه بنفسها، بناء على النقض كما هو ظاهر.

و لو خرج المبيع مثلا- من مال المفلس ظاهرا مستحقا للغير، فإن كان الثمن موجودا لم يدفع بعد إلى الغرماء رجع به صاحبه، و إن كان قد تلف فى يد المفلس

أو وليه كان ضامنا له، فيضرب صاحبه مع الغرماء إن كان قد أتلفه المفلس، بناء على ضرب مثله و إن كان بعد الحجر، كما تقدم سابقا، اللهم إلا أن يفرق بينهما بأن ما نحن فيه قد وقع باختيار من المالك و رضـى منه، و إن كان على جهه الضـمان فلا يضرب به، بخلاف السابق المفروض إتلاف المفلس قهرا على مالكه بسرقه أو غصب أو خطاء و نحوها.

لكن خيره الفاضـل و المحكى عن الشـيخ و فخر المحققين أنه يقـدم على الغرمـاء و لو كان التلف بآفه سـماويه، بعـد أن احتمل الضـرب معهم، و استجوده فى جامع المقاصد معللين له بأنه من مصالح الحجر، لئلا يرغب عن شراء مال المفلس، و هو كما ترى لا يصـلح مثله أن يكون مدركا لذلك، و انما وقع من بعض العامه بناء منهم على حجيه الاسـتحسان، و المصالح المرسـله، و كذا لو تلف فى يد الغرماء و اختار هو الرجوع على المفلس، فيقدم عليهم عند الفاضل، و احتمل الضرب، و على ما ذكرنا يتجه البقاء فى ذمه المفلس، أما لو رجع عليهم اتجه تغريم كل منهم مقدار ما قبض من ماله، و لا يرجع به على المفلس، لانه قبض مضـمون عليهم، و إنمـا لهم الرجوع بـدينهم، لأنـه باق، و ان رجع على المفلس رجع هو على الغرماء، لأن قرار الضـمان على من تلف فى يده المال- و الله أعلم.

**[المسئله الثانيه إذا كان عليه ديون حاله و مؤجله قسمت أمواله على الحاله خاصه]**

المسـئله الثانيه إذا كان عليه ديون حاله و ديون مؤجله و قد فلس لقصور ما عنده عن الحاله قسـمت أمواله على الحاله خاصه و لا يـدخر منها شـى ء للمؤجله بلا خلاف و لا إشـكال، لعـدم اسـتحقاقها قبل الأجل، كما تقـدم سابقا فى أول كتاب الفلس. نعم لو حلت قبل قسمه الكل ففى التذكره و المسالك و الروضه شاركت بل فيها جميعها أنه لو حل بعد قسمه البعض شارك فى الباقى و ضـرب بجميع المال، و ضـرب باقى الغرماء ببقيه ديونهم، و لعل الوجه فى ذلك بعد كونه أولى من المتجدد، كأرش الجنايه و عوض الإتلاف أن المقتضـى للمشاركه موجود، و هو كونه دينا سابقا على الحجر، و كان الأجل مانعا، فإذا ارتفع عمل المقتضى عمله، فهو كما لو أسلم الوارث قبل القسمه، و تعلق حقوق الغرماء غير مانع من تعلق حق غيرهم ممن شاركهم فى سبب

الاستحقاق، و بذلك ترتفع المناقشه من بعض متأخرى المتأخرين فى أصل المشاركه، بسبق تعلق حق الغير فنمنع تعلق غيره به، إذ هو حينئذ كالمرهون، و إن كانت هى لا تخلو من وجه، خصوصا بناء على ما تقدم سابقا من عدم الرجوع لصاحب العين لو كان دينه مؤجلا و قد حل قبل القسمه، و نحوه مما هو مبنى على سبق تعلق الحق المانع من تعلق حق الغير.

و على كل حال فالظاهر عدم الفرق فى حلول المؤجل بين انتهاء المده، و بين إسقاطه بالصلح على الأنقص منه مثلا، مع المفلس الذى لا يمنع من مثل هذا الصلح، لعدم كونه تصرفا فى المال الذى تعلق به حق الغرماء و ان كان بعد الصلح يشاركهم صاحبه، لصدق حلول المؤجل قبل القسمه، و دعوى المنع من مثل هذا الصلح على وجه يلحق الغريم به، لأنه يؤل إلى الضرر على الغرماء، و لأنه كالدين الحاصل بعد الحجر- يمكن منعها لما عرفت، و لأنه ليس دينا جديدا بل هو صلح عن ذلك الدين ببعضه، فيكون الصلح بالنسبه إلى الزائد كالإبراء و إن كان هو فى مقابله إسقاط الأجل، فتأمل، جيدا. و الله أعلم.

### [المسئله الثالثه إذا جنى عبد المفلس كان المجنى عليه أولى به ]

المسئله الثالثه: إذا جنى عبد المفلس، كان المجنى عليه أولى به من الغرماء الذين لا يزيد تعلق حقهم بالمال على الرهانه التى قد عرفت تقدم الجنايه عليها للوجوه السابقه الآتيه هنا منضمه إلى عدم الخلاف فى ذلك فى المقامين، و منه يعلم أن تعلق حق الغرماء هنا ليس كتعلق أرش الجنايه، و إلا أمكن القول بالاشتراك بينهما، كما لو جنى العبد الجانى قبل انتهاء حال الجنايه الأولى، و بالجمله يتجه فيه ذلك الحكم فعدم الخلاف فى التقديم هنا مما يومى إلى عدم كون التعلق كأرش الجنايه، و ان احتمله الفخر سابقا فيستوفى منه حق الجنايه حينئذ، فإن زاد فهو الغرماء.

و على كل حال ف لو أراد مولاه فكه بما تعلق به الحق من الأموال كان للغرماء منعه لأنه تصرف مالي و قد حجر عليه فى ذلك؛ لكن

فی المسالک «إنما یمنع المولی من فکه مع عدم المصلحه فی فکه، فلو فرضت بأن کان کسوبا یثمر مالا إلی حین القسمه و قیمته باقیه فله فکه لمصلحه» قلت: قد یمنع أیضا معها، لتعلق الحق فی المال علی وجه لا یتصرف به إلا فی بیعه للوفاء، و ان اتفق حصول مصالح للمفلس، و کذا لو کان له رهن علی دین مؤجل و کانت المصلحه فی فکه، لم یلتزم الغرماء بذلک، فلعل إطلاق المصنف و غیره المنع لا یخلو من قوه.

و لو کان الجانی المفلس بما یوجب مالاـ کان المجنی علیه أسوه الغرماء، کما قدمناه سابقا، إذ الفرق بینه و بین عبده بالتعلق بالذمه و العین واضح، و لو کانت جنایته عمدا فصالح علی الدیه لم یشارک، بناء علی أن الواجب أولا القصاص، و أن الدیه تثبت بالصلح. نعم لو قلنا الواجب أحد الأمرین من أول الأمر و الخیار بید المجنی علیه، أمکن القول حینئذ بالمشارکه للغرماء، بل لو قلنا فی الصلح أنه لیس من قبیل المعاوضات، و إنما هو إسقاط لحق القصاص، و رجوع إلی الدیه الثابته شرعا أمکن القول بالشرکه، فیکون الفرق بین القولین أن الخیار فی الأول بید المجنی علیه، و الثانی بأیدیهما معا، و لعل قوله تعالی (۱)«فَمَنْ عُفِیَ لَهُ مِنْ أَخِیهِ شَیْ ءٌ فَاتِّباعٌ بِالْمَعْرُوفِ» إلی آخره لا یخلو من اشعار بذلک، و کأنه لذا لم یجزم الفاضل فی التذکره بعدم المشارکه فی الصلح أیضا، فإنه بعد أن حکی عن أحمد المشارکه مطلقا قال: و یحتمل عندی أن لاـ یشارک، لأن الجنایه موجبها القصاص. و إنما یثبت المال صلحا و هو متأخر عن الحجر، فلا یشارک کما لو استدان فتأمل جیدا و الله أعلم هذا تمام الکلام فی حکم المفلس.

**[و یلحق بذلک النظر فی حبسه ]**

و لکن یلحق بذلک النظر فی حبسه بل حبس کل مدیون فنقول:

لاـ یجوز حبس المعسر مع ظهور إعساره سواء کان مفلسا أی منعه الحاکم من التصرف فیما یتجدد من الأموال، أولا، للأنظار المأمور به فی الکتاب و السنه، بل

---

۱- ۱ سوره البقره الآیه ۱۷۸.

و الفتوی، فإنی لا أجد خلافا فی ذلک، إلا ما تقدم سابقا من الصدوق فی المعسر بصرف ما استدانه فی معصیه، و قد عرفت ضعفه.

و کیف کان ف یثبت ذلک أی إعساره بموافقه الغریم جمیعهم و إلا ففی حق الموافق، و لو فرض تعدده و جمعه لشرائط الشهاده ثبت حینئذ، و اندرج تحت قول المصنف کغیره من الأصحاب أو قیام البینه لکن علی التفصیل الاتی خلافا لبعض العامه، حیث جعل قیام البینه به غیر مانع من حبسه مده یغلب علی ظن الحاکم أنه لو کان له مال لظهر، و هو کما تری.

فإن تناکرا أی الغریم و المدیون فی الإعسار و عدمه و کان له أی للمدیون مال ظاهر غیر المستثنیات لم یقبل دعواه، و أمر ه الحاکم بالتسلیم إن کان المال من جنس الحق أو تراضیا به، و إلا صرف الیه ببیع و نحوه فان امتنع فالحاکم بالخیار، بین حبسه حتی یوفی بنفسه لوجوبه علیه، بل مماطلته فیه تحل عقوبته بالحبس و غیره و عرضه، ل

قوله صلی الله علیه و آله «لی الواجد یحل عقوبته و عرضه»

المعمول بإطلاقه بین الأصحاب، من غیر ملاحظه مراتب الأمر بالمعروف و النهی عن المنکر، و قد سمعت

النصوص (۱)المتضمنه لفعل أمیر المؤمنین علیه السلام «فیمن کان یلتوی علی غرمائه»

بل لعل إطلاق الخبر المزبور یقضی بحلیه ذلک للغریم و غیره، اللهم إلا أن یدعی أن الحبس و نحوه من وظائف الحاکم، لانه کالتعزیر الملحق بالحدود.

نعم لا إشکال فی حلیه العرض للغریم، بأن یقول له یا ظالم و نحوه لذلک، و قوله تعالی (۲)«لا یُحِبُّ اللّٰهُ الْجَهْرَ بِالسُّوءِ مِنَ الْقَوْلِ إِلّٰا مَنْ ظُلِمَ» و لا یلزم التفکیک فی الخبر، إذ المراد من الحبس حینئذ أن یحبسه عند الحاکم، فیکون التحلیل له فیهما، بل الظاهر جواز ذلک للحاکم، لإطلاق الخبر المزبور، بل و غیره فی وجه.

و علی کل حال فهو بالخیار بین ما عرفت و (۱۱) بین بیع أمواله و قسمتها

---

۱- ۱ الوسائل- الباب- ۶- من أبواب الحجر.

۲- ۲ سوره النساء الآیه- ۱۴۸.

بين غرمـائه لأـنه ولى الممتنع، و إن كـان لا يتعين عليه ذلك، بل يخير بينه و بين الفرد الأول، و قـد تقـدم نظير ذلك فى الرهن، كما أنه تقدم التأمل فيه، و المحكى فى

النصوص (۱)هنـا من فعـل أمير المؤمنين عليه السـلام «أنه كـان يحبسه بالالـتواء ثم يـأمر بقسـمه ماله بين الغرماء، فإن أبى باعه و قسمه بينهم»

بل و

فى خبر السكونى (۲)منها «أنه كان يحبس فى الدين، ثم ينظر فإن كان له مال أعطى الغرماء»

و على كل حال هو غير التخيير المزبور، اللهم إلا ان يقال: إنه لا دلاله فى فعله عليه السـلام على عـدم جواز غير هـذا الفرد، و فيه أن نقل الأئمه عليهم السلام لهم بهذا اللفظ ظاهر فى أن الحكم ذلك، فتأمل جيدا. و الأمر سهل.

و كيف كان ف لو لم يكن له مال ظاهر و ادعى الإعسار، فإن وجد البينه قضـى الحاكم بها بالشرط الآتى و إن عدمها، و كان له أصـل مـال معهود أو كان أصل الـدعوى مالا كالقرض و نحوه و قـد أثبتها الغريم حبس حتى يثبت إعساره لأصاله بقاء المال، و لاـشتراط الانظـار بالإعسـار و لم يثبت، و لأن أمير المؤمنين عليه السـلام كان يحبس بمجرد الالتواء، نعم فى التـذكره «إنه إذا لم يكن له بينه بـذلك يحلف الغرمـاء على عـدم التلف، فـإذا حلفوا حبس، و لعله مراد غيره مع احتمال العـدم، لما عرفت من عـدم اشتراط الحبس باليسار مع المماطله، كى يحتاجوا إلى إثباته، بل يكفى فيه عدم ثبوت اليسار، و هو حاصل و ان لم يحلفوا. هذا.

و قـد صـرح الفاضل فى التـذكره و القواعد «أنه لا يمنع الحبس تعلق حق الغير فى عينه بإجاره و نحوها» و هو كذلك مع إمكان الجمع، أما مع عدمه ففيه اشكال، من تعارض الأدله و لا ترجيح، و احتمال ترجيح الإجاره بالسـبق معارض بصوره سـبق الدين و إن تأخرت المطالبه. نعم قد يتم فى صوره سبق الإجاره عليه، كما أنه

يتم ترجيح الدين عليها فى صوره سـبقه، بل قد يقال بترجيحه مطلقا، باعتبار انجبار المسـتأجر بالخيار بخلافه، إلا أن الجميع محل للنظر، كما أن ما فى القواعد من

---

۱- ۱ الوسائل الباب- ۶- من أبواب أحكام الحجر.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۷- من أبواب أحكام الحجر الحديث- ۳.

أنه يجوز الحبس فی دين الولد لا يخلو من اشكال، لخبر الحسين بن ابی العلاء(۱)و للنصوص الداله على أن الولد و ماله لأبيه و على عظم حق الوالدين و نحو ذلک، و لعله لذا جزم فی التذكره بالعدم، و فی جامع المقاصد أنه لا يخلو من قوه، و هو كذلک، و الله أعلم.

و على كل حال فإذا تصدى لإثبات إعساره ف ان شهدت البينه بتلف جميع أمواله قضى بها، و لم يكلف اليمين، و لو لم تكن البينه مطلعه على باطن أمره بالصحبه المتأكده، لأنها بينه إثبات، فيشملها جميع ما دل على قبول البينه، و لا يقدح تضمنها النفی، لأن كل بينه إثبات تتضمن ذلک، حتى بينه ملک العين مثلا لزيد، المتضمنه لعدم بيعه خفيه و عدم هبته و غير ذلک من المحتملات التی لا تقدح، بعد أن كان شهاده البينه أمرا إثباتيا يمكن علمها به، و أنه هو المستند لها فيما هو مخالف للأصل، فيلزمه حينئذ ثبوت الإعسار، ضروره اقتضاء تلف جميع الأموال ذلک و لا يحتاج إلى اليمين معها، للأصل، و ظهور

قوله (۲)«البينه على المدعى»

إلى آخره فی عدم الشركه بينهما، مضافا إلى أنها كسائر البينات المعلوم عدم توقف ثبوت ما شهدت به على اليمين، لمعلوميه عدم اشتراط قبولها بالاطلاع على باطن أمره بالصحبه المتأكده إذ هی بعد ما سمعت كباقی بينات الإثبات التی لا ينحصر طريق علمها بما تشهد به لذلک.

أما لو شهدت بالإعسار مطلقا أی من دون تعرض لتلف المال المعلوم أصله و غيره لم تقبل حتى تكون مطلعه على باطن أموره بالصحبه المؤكده لأنها حينئذ بينه نفی، ضروره رجوعها الى عدم الملک الذی يمكن أن يكون مستندها فيه الأصل المعلوم نقضه عند غيرها، و يمكن أن يكون اطلاعها على التلف، إلا أنها مع فرض الصحبه المؤكده يحصل الظن القوى بل المتاخم أن يكون مستندها الثانی، فيقوى حينئذ بها جانب مدعی الإعسار، بل ظاهر الأكثر تقديمه حينئذ على خصمه

---

۱- ۱ الوسائل الباب- ۷۸- من أبواب ما يكتسب به الحديث- ۷.

۲- ۲ الوسائل الباب- ۳- من أبواب كيفيه الحكم الحديث- ۱- ۲.

الموافق للأصل، و کم من ظاهر قدم علیه، کما فی دعوی الزوجه مع الخلوه الدخول بها و غیرها و یتجه حینئذ ما ذکره المصنف و غیره بل نسب إلی الأکثر من أن للغرماء إحلافه حینئذ دفعا للاحتمال الخفی و هو احتمال عدم اطلاعها علی أصل المال و خفائه علیها، و إنما شهدت بالأصل المفروض انتقاضه، و بذلک ظهر الفرق بین بینه التلف و بینه الإعسار، کما أنه ظهر کون الیمن لقوه جانب مدعی الإعسار حینئذ و الیمین تتبع من قوی جانبه بالأصل أو بالظاهر الذی ثبت ملاحظته للشارع، فالبینه فی المقام لحصول الظاهر المرجح بدعوی الإعسار، فیکون به حینئذ منکرا فیتوجه الیمین علیه لذلک، لا أنه باق مدع و محتاج إلی الیمین مع البینه کیمین الاستظهار، ضروره ظهور

قوله علیه السلام (۱)«البینه علی المدعی»

فی قطع الشرکه، و لا دلیل بالخصوص هنا علی الیمین کالاستظهار، مضافا إلی عدم تنقیح مستند شهاده البینه هنا و إن کان قد حصل الظن القوی بالصحبه المتأکده أنه التلف لا الأصل، لکنه إذا لم یصل إلی حد العلم غیر مجد فی قبول مثل هذه البینه التی قد عرفت رجوعها إلی بینه النفی المعلوم عدم قبولها ما لم تؤل إلی الإثبات بالحصر و نحوه، و لو فرض کونها فی المقام کذلک رجعت إلی البینه الأولی و لم یحتج معها إلی الیمین قطعا، کما أن الاولی لو فرض شهادتها علی تلف المال الظاهر، و لم تعلم بغیره و لا اعترف الخصم بعدم غیره اتجه أیضا توقف ثبوت الإعسار علی الیمین، ضروره رجوع الحال حینئذ إلی دعواه ممن لم یعلم له أصل مال، و ستعرف احتیاجه حینئذ إلی الیمین.

نعم لو شهدت بتلف الظاهر و اعترف الخصم بعدم غیره لم یحتج حینئذ ثبوته إلی یمین کما هو واضح، و بذلک تم کلام الأکثر و سقط ما أطنب به فی المسالک، فإنه بعد أن قرر المشهور حاکیا له عن المصنف و العلامه فی غیر التذکره قال: «أما فیها فعکس الحکم، و

أثبت الیمین فی بینه التلف دون بینه الإعسار، محتجا بأن البینه

---

۱- ۱ الوسائل الباب- ۳- من أبواب کیفیه الحکم الحدیث- ۱- ۲- لکن فیهما« و الیمین علی المدعی علیه».

إذا شهدت بالتلف كان كمن ثبت له أصل مال و اعترف الغريم بتلفه، و ادعى مالا غيره فإنه يلزمه اليمين» و أفتى فى موضع آخر منها بأنه لا يمين فى الموضعين محتجا بأن فيه تكذيبا للشهود، و ل

قوله صلى الله عليه و آله (۱)«البينه على المدعى و اليمين على المنكر»

و التفصيل قاطع للشركه.

ثم قال: «إن تلخيص الحكم فى ذلك لا يخلو من اشكال، و الفرق لا يخلو من نظر، و ذلك لأن شهود تلف ماله إما أن تكون شهادتهم على تلف المال الظاهر لهم من غير معرفه لهم بحال باطن أمره، بحيث يحتمل أن يكون له مال آخر لم يتلف، كما هو الظاهر من قول الجماعه و تعليلهم المسأله و تصريحهم بعدم اعتبار كونهم من أهل الخبره بحاله، و يشكل مع هذا ثبوت إعساره، لأن حاله بالنسبه إلى المال باطنا مجهول مطلقا، حتى لو فرضنا أن هذا المال الظاهر لم يكن له لم يناف ثبوت ماليته باطنا، و الحال أنه لم يختبر، و إن أرادوا- بعدم اعتبار اطلاعهم على باطن أمره أن الحاكم لا يعتبر اطلاعه على ذلك، مع ان اطلاعهم معتبر فى نفس الأمر اتكالا على عدالتهم، و أن العدل لا يجازف فى شهادته كما

صرح بهذا المعنى بعض الأصحاب أشكل الفرق بين الأمرين، لأن ذلك آت فى الشهاده على مطلق الإعسار و تحويلها نحو الإثبات لئلا يتمحض النفى غير متوقف على هذا الشرط، فإن مرجعه الى تحرير شهادتهم، لا إلى علمنا بأخبارهم، و حكم اليمين متفرع على ما قررنا، فإن اكتفينا فى بينه التلف بالاطلاع على ظاهر ماله، فلا بد من القول باليمين، لأنه يصير بهذه البينه كمن لا يعلم له أصل مال مع احتماله، و يتوجه عدم الافتقار الى اليمين فى بينه الإعسار المطلعه على الحال، لأن ذلك أقصى ما يمكن اعتباره شرعا فى التفحص، فلا يكلف مع البينه أمرا آخر، لأصاله البراءه أو لظاهر الخبر، و إن اعتبرنا اطلاع بينه التلف على باطن أمره كما ذكره بعضهم توجه عدم اعتبار اليمين معها لما ذكرناه.

و يمكن أن يوجه كلام الجماعه الدال على عدم اعتبار الخبره الباطنه فى شهاده التلف لا بالنظر إلى الحاكم، و لا بالنظر إلى الشهود بأن هذا المديون لما كان يعرف

---

۱- ۱ المصدر نفسه.

له أصل مال و لو بكون الدعوى كذلك، فلا بد لهذا المال الثابت ظاهرا من أمر يدفعه، فإذا شهدوا بتلف أمواله التى يطلعون عليها فقد علم الانتقال عن ذلك الأصل الباقى فى المال، و إن أمكن بقاء بعضه، إلا أنه غير معلوم، و التكليف إنما هو بالظاهر، بخلاف ما إذ اشهدوا بإعساره، فإن المراد أنهم لم يطلعوا على ماله، و هذا لا يدفع ذلك الأصل الذى هو بقاء المال السابق بوجه، فلا بد مع ذلك من الخبره الباطنه و العشره المتأكده ليحصل الظن بتلف ذلك المال، و انما يحصل بذلك.

فظهر الفرق بين الحالين، و توجه به ما اختاروه من ثبوت اليمين فى الأول دون الثانى، لأن الأول لا يدفع المال الباطن يقينا، و لا ظنا، لعدم الاطلاع عليه، بخلاف الثانى، لأن كثره ملابسته و مجاورته و الاطلاع على الصبر على ما لا يصبر عليه من يكون بيده مال عاده، يفيد الظن الغالب بعدم المال، فلا يتجه مع ذلك انضمامه اليمين إلى البينه.

نعم لو ادعى الغريم وجود مال مخصوص للمديون، و اعترف بعدم غيره فشهد الشهود بتلفه لم يجب اليمين فى الأول أيضا، و لم يعتبر اطلاع الشهود على باطن أمره، إلا أن هذه ماده خاصه و المسأله أعم منها، و الظاهر من عباره الأصحاب و غيرهم فى هذه المسأله هو ما وجهناه أخيرا من أن شهود التلف لا يعتبر اطلاعهم على حاله فى أنفسهم و لا عند الحاكم، بخلاف شهود الإعسار، و وجهه ما بيناه.

لكن المحقق الشيخ على رحمه الله قرر كلامهم على ما نقلنا من الوجه، و هو أن المراد عدم علم الحاكم باطلاعهم مع اشتراطه فى نفس الأمر، فحصل الالتباس فى الفرق على تقريره، و نفى اليمين فى الأول و إثباتها فى الثانى على تقريرهم، فإن الاطلاع على باطن أمره إن كان معتبرا فيها فإما أن يقال باشتراط علم الحاكم به أيضا أو نفيه عنهما اتكالا على العداله، فالفرق ليس بجيد، و إذا لم يطلعوا على باطن أمره فى التلف على ما ذكروه، يكون إثبات اليمين فيه أوجه من الآخر كما ذكره فى التذكره دون العكس، لأن الخبره الباطنه أفادت ظنا قويا، مضافا إلى البينه بعدم المال، و مختار التذكره فى إثبات اليمين فى الأول دون الثانى أجود، و نقلناه

بطوله ليظهر لـك مواقع النظر فيه من غير مـا ذكرناه أيضا خصوصا فيما ذكره من التوجيه لكلام الجماعه الـذى جعل نتيجته ما لا يقولون به، من إثبات اليمين لبينه التلف دون بينه الإعسار.

و من الغريب قوله بعدم احتياج الثانيه اليه، مع اعترافه بأنها إنما تفيد الظن القوى بسبب الصحبه بأن مستندها التلف، و معلوم أن مثل ذلك لا يخرجها عن كونها بينه نفى، و عن احتمال كون مستندها الأصل المعلوم قطعه كما أوضحناه سابقا و أغرب منه عدم ذكره الوجه الظاهر من كلماتهم فى تشقيقه عدم اعتبار الاطلاع فى بينه التلف من أن مرادهم جميع الأموال المستلزم لثبوت الإعسار، و أن مثله لا يعتبر فيه الاطلاع بالصحبه و لا اليمين، لأنها فرد من بينه الإثبات، و لا ينحصر طريق علمها بذلك فى الصحبه، و لو فرض ان بينه الإعسار كذلك، استغنت عن اليمين أيضا، إلا أنك قد عرفت احتمالها و أنها ظاهره مع الصحبه فى أن مستندها الاطلاع على التلف، كما أنه لو فرض كون بينه التلف على تلف مال مخصوص، اتجه اعتبار اليمين من المديون فى نفى دعوى غيره، و ما حكاه عن التذكره من عكس الأمر إنما ذكره احتمالا مع أن الظاهر خروجه عن موضوع البحث كما اعترف به فى جامع المقاصد، لأن ظاهر كلامه فرض شهاده البينه على تلف المال الذى فى يده ظاهرا لا جميع الأموال، و اليمين حينئذ مع عدم اعتراف الخصم بعدم غيره متوجه كما ذكرناه، بل لعل ما حكاه عنها أيضا من عدم احتياج اليمين فى البينتين خارج أيضا، لظهور كلامه فى عدم اليمين مع بينه الإعسار التى تؤل إلى بينه التلف فى معلوميه كون مستندها العلم بتلف جميع أمواله، و أنها غير محتمله لأن يكون مستندها الأصل، فإنه جعلها كالبينه على عدم الوارث فلاحظ و تأمل.

و بالجمله كلامه فى المقام لا يخلو من نظر من وجوه، ثم قال: «و اعلم أن الخبره المعتبره فى شهود الإعسار إن اطلع الحاكم عليها فلا كلام، و إلا ففى الاكتفاء بقولهم له أنهم بهذه الصفه وجه قوى، و قطع به فى التذكره» قلت لا ريب فى ضعفه،

ضروره عـدم الـدليل على ثبوته بقولهم الذى مرجعه إلى دعوى لا يثبت بها مثله بعد اعتبار اتصافهم به كالعداله، فلا بد من العلم به و لو ببينه شرعيه كما هو واضح، و أومأ إليه فى جامع المقاصد.

و قـد تلخص ممـا ذكرنـاه أن بينه الإعسـار عنـدهم، لم يعلم رجوعهـا إلى إثبـات حتى يتوجه الاسـتغناء عن اليمين، للخبر القاطع للشـركه، بل هى بسبب الصحبه المؤكده أفادت كون الظاهر مع دعوى الإعسار، فقدموه على الأصل بيمين المعسر كما أوضحناه سابقـا، و لو فرض العلم برجوعهـا إلى إثبـات، أغنت عن اليمين قطعـا و كـانت كبينه التلف حينئـذ، بناء على المعلوم من مـذهب الأصـحاب من قبول بينه النفى إذا رجعت إلى إثبـات، خلافـا لبعض العـامه، ضـروره شـمول مـا دل على حجيه البينه حينئـذ لهـا، بخلاف ما إذا لم يعلم رجوعها إلى إثبات، لاحتمال كون مستندها أصل العـدم، المعلوم انتقاضه، كما فى المقام، أولا تزيد على إنكار المنكر و الله أعلم.

و كيف كـان فـان لم يعلم له أصـل مـال و لاـ كـانت الـدعوى الثـابته عليه مالاـ و ادعى الإعسار قبلت دعواه و لا يكلف البينه، و للغرماء مطالبته باليمين لانه بموافقته للأصل كان منكرا و قد

قال عليه السلام (۱)«البينه على المدعى و اليمين على من أنكر»

بـل منه ينقـدح الإشـكال فى قبول البينه منه لو أقامهـا على وجه يعلم رجوعهـا إلى إثبات، بناء على عـدم قبولها من المنكر، لكن جزم فى التذكره بقبولها و إسقاط اليمين عنه حينئذ، و لا يخلو من بحث كما يأتى إنشاء الله.

و من الغريب من بعض العـامه منع قبوله هنـا إلاـ بـالبينه، بنـاء على أن الظـاهر من حال الحر أنه يملك شـيئا قل أو كثر، و فيه منع اعتبـار هـذه الظـاهر بـدون دليل بحيث يقطع الأصل. نعم لو فرض العلم بـذلك اتجه ما ذكره، بل لعله متجه أيضا فيما لو حصـل العلم

بإتلافه مالا أيضا، لانقطاع أصل العدم فيه قطعا، و حصول المال فى الجمله معارض بالعلم بإتلافه كذلك، فلا يستصـحب شـى ء منهما، لرجوعه إلى استصحاب الجنس،

---

۱- ۱ الوسائل الباب- ۳ من أبواب كيفيه الحكم لكن فيه: و اليمين على المدعى عليه.

فيكون قول كل منهما خاليا عن الأصل، إلا أن الواجب على المديون الوفاء، حتى يثبت إعساره الذى هو الشرط فى الإنظار، لا أن اليسار شرط فى صحه المطالبه، فيتجه حينئذ حبسه إلى ثبوت إعساره فتأمل جيدا و الله أعلم.

و على كل حال فإذا قسم المال الذى عنده بين الغرماء وجب إطلاقه و لا يجوز إبقاؤه فى الحبس الذى هو أذيه حينئذ بلا حق، و لو فرض كونه مفلسا فهل يزول الحجر عنه بمجرد الأداء و الاقتسام، لأنه إنما حجر عليه بالنسبه إلى الموجود من ذلك المال و قد فرض قسمته أو يفتقر إلى حكم الحاكم لأنه قد حصل بحكمه فلا يرتفع إلا بحكمه للاستصحاب كالسفيه الأولى عند المصنف و الفاضل و غيرهما أنه يزول بالأداء لزوال سببه و لا بأس به مع فرض كون الحجر بالنسبه إلى المال الموجود، لا إذا كان فيه و فى المتجدد، و لا فى الإطلاق إذا فرض شموله لهما كما هو واضح و الله أعلم.

إلى هنا تم الجزء الخامس و العشرون من كتاب جواهر الكلام بحمد الله و منه و قد بذلنا غايه جهدنا فى تصحيحه و مقابلته للنسخه المصححه التى قوبلت بنسخه الأصل المخطوطه المصححه بقلم المصنف طاب ثراه و يتلوه الجزء السادس و العشرون فى أحكام الحجر إنشاء الله تعالى على الآخوندى

## تعريف مركز

بسم الله الرحمن الرحيم

هَلْ يَسْتَوِی الَّذِينَ يَعْلَمُونَ وَالَّذِينَ لَا يَعْلَمُونَ

الزمر: ۹

المقدمة:

تأسّس مركز القائمیة للدراسات الکمبیوتریة فی أصفهان بإشراف آیة الله الحاج السید حسن فقیه الإمامی عام ۱۴۲۶ الهجری فی المجالات الدینیة والثقافیة والعلمیة معتمداً علی النشاطات الخالصة والدؤوبة لجمع من الإخصائیین والمثقفین فی الجامعات والحوزات العلمیة.

إجراءات المؤسسة:

نظراً لقلة المراکز القائمة بتوفیر المصادر فی العلوم الإسلامیة وتبعثرها فی أنحاء البلاد وصعوبة الحصول علی مصادرها أحیاناً، تهدف مؤسسة القائمیة للدراسات الکمبیوتریة فی أصفهان إلی التوفیر الأسهل والأسرع للمعلومات ووصولها إلی الباحثین فی العلوم الإسلامیة وتقدم المؤسسة مجاناً مجموعة الکترونیة من الکتب والمقالات العلمیة والدراسات المفیدة وهی منظمة فی برامج إلکترونیة وجاهزة فی مختلف اللغات عرضاً للباحثین والمثقفین والراغبین فیها.

وتحاول المؤسسة تقدیم الخدمة معتمدة علی النظرة العلمیة البحتة البعیدة من التعصبات الشخصیة والاجتماعیة والسیاسیة والقومیة وعلی أساس خطة تنوی تنظیم الأعمال والمنشورات الصادرة من جمیع مراکز الشیعة.

الأهداف:

نشر الثقافة الإسلامیة وتعالیم القرآن وآل بیت النبیّ علیهم السلام

تحفیز الناس خصوصا الشباب علی دراسة أدقّ فی المسائل الدینیة

تنزیل البرامج المفیدة فی الهواتف والحاسوبات واللابتوب

الخدمة للباحثین والمحققین فی الحوازت العلمیة والجامعات

توسیع عام لفکرة المطالعة

تهمید الأرضیة لتحریض المنشورات والکتّاب علی تقدیم آثارهم لتنظیمها فی ملفات الکترونیة

السیاسات:

مراعاة القوانین والعمل حسب المعاییر القانونیة

إنشاء العلاقات المترابطة مع المراکز المرتبطة

الاجتنباب عن الروتینیة وتکرار المحاولات السابقة

العرض العلمی البحت للمصادر والمعلومات

الالتزام بذكر المصادر والمآخذ فی نشر المعلومات
من الواضح أن یتحمل المؤلف مسؤولیة العمل.

نشاطات المؤسسة:
طبع الکتب والملزمات والدوریات
إقامة المسابقات فی مطالعة الکتب
إقامة المعارض الالکترونیة: المعارض الثلاثیة الأبعاد، أفلام بانوراما فی الأمکنة الدینیة والسیاحیة
إنتاج الأفلام الکرتونیة والألعاب الکمبیوتریة
افتتاح موقع القائمیة الانترنتی بعنوان : www.ghaemiyeh.com
إنتاج الأفلام الثقافیة وأقراص المحاضرات و...
الإطلاق والدعم العلمی لنظام استلام الأسئلة والاستفسارات الدینیة والأخلاقیة والاعتقادیة والردّ علیها
تصمیم الأجهزة الخاصة بالمحاسبة، الجوال، بلوتوث Bluetooth، ویب کیوسک kiosk، الرسالة القصیرة ( (sms
إقامة الدورات التعلیمیة الالکترونیة لعموم الناس
إقامة الدورات الالکترونیة لتدریب المعلمین
إنتاج آلاف برامج فی البحث والدراسة وتطبیقها فی أنواع من اللابتوب والحاسوب والهاتف ویمکن تحمیلها علی ۸ أنظمة؛
JAVA.۱
ANDROID.۲
EPUB.۳
CHM.۴
PDF.۵
HTML.۶
CHM.۷
GHB.۸
إعداد ۴ الأسواق الإلکترونیة للکتاب علی موقع القائمیة ویمکن تحمیلها علی الأنظمة التالیة
ANDROID.۱
IOS.۲
WINDOWS PHONE.۳
WINDOWS.۴

وتقدّم مجاناً فی الموقع بثلاث اللغات منها العربیة والانجلیزیة والفارسیة

الکلمة الأخیرة

نتقـدم بكلمـة الشـكر والتقـدير إلى مكاتب مراجع التقليـد منظمات والمراكز، المنشورات، المؤسـسات، الكتّاب وكل من قدّم لنا المساعدة في تحقيق أهدافنا وعرض المعلومات علينا.

عنوان المكتب المركزي

أصفهان، شارع عبد الرزاق، سوق حاج محمد جعفر آباده اى، زقاق الشهيد محمد حسن التوكلي، الرقم ١٢٩، الطبقة الأولى.

عنوان الموقع : : www.ghbook.ir

البريد الالكتروني : Info@ghbook.ir

هاتف المكتب المركزي ٠٣١٣٤٤٩٠١٢٥

هاتف المكتب في طهران ٨٨٣١٨٧٢٢ ـ ٠٢١

قسم البيع ٠٩١٣٢٠٠٠١٠٩شؤون المستخدمين ٠٩١٣٢٠٠٠١٠٩.